Der offene und versteckte Dissens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Albert Engels,
Referendar zu Hamburg.

Rostock
H. Winterberg's Buchdruckerei
1903.

Litteratur.

Affolter im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 6, 1892.

Arndts, Pandekten, 1886.

Baron, Pandekten, 3. Auflage, 1879.

Brinz, Pandekten, 2. Auflage, 1892.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901.

Cosack, Deutsches Bürgerliches Recht, 1898.

Crome, Deutsches Bürgerliches Recht, 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Dernburg, Pandekten, Band I 7. Auflage, 1902, Band. II. 6. Auflage, 1900.

„ Bürgerliches Recht, 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Endemann. Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, 1882.

„ Bürgerliches Recht, 8. Auflage, 1902.

Enneccerus und Lehmann, das Bürgerliche Recht, 1900.

Exner, Rechtserwerb durch Tradition, 1867.

Gareis, der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Glück, Pandekten, Band 4, 1796.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, 1868.
Hölder in der Kritischen Vierteljahrschrift, Band 14.
„ Pandekten, 1891.
„ Allgemeiner Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.
Juristentag III, Verhandlungen.
Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, 1900.
Köhler in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band 28.
Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, 1903.
Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, 1882/83.
„ Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.
Matthiass, Bürgerliches Recht, 1900, 3. Auflage.
Meisner, Bürgerliches Gesetzbuch, 1898.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes.
Mühlenbruch, Pandekten, 2. Auflage, 1837/38.
Neumann, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Auflage, 1903.
Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, 1898.
Puchta, Pandekten.
Das Recht, Zeitschrift, Band 5, 1901, Band 6, 1902.
Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen, 1868.
„ Pandekten, 1892.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch, 1899.
Reichsgericht, Entscheidungen in Civilsachen, Entscheidungen in Strafsachen.
Reichsoberhandelsgericht.
Richelmann, Der Einfluss des Irrthums auf Verträge, 1837.

Riedel, Das Bürgerliche Recht im Vergleich mit dem Preussischen Recht, 1896.

Ryck in den Festgaben für Beseler. 1885.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes, Bd. 3, 1840.

Schwarz, Der Vertragsschluss, Erlanger Dissertation, 1899.

Szolny und Caro, Bürgerliches Gesetzbuch.

Seuffert, Pandekten, 4. Auflage, 1867/72.

„ Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Sintenis, Praktisches Gemeines Civilrecht, 1868, 3. Auflage.

Soergel, Rechtsprechung 1900/01, 1902.

Staub, Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, 1900.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. 3. Auflage, 1898.

Thibaut, Pandekten, 1846.

Thöl, Handelsrecht, 6. Auflage, 1879.

Unger bei Grünhut, Band 15, 1888.

Vangerow, Pandekten, 7. Auflage, 1865/76.

Wächter, Pandekten, 1880/81.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen 1903.

Wendt, Pandekten, 1888.

Werthauer, Über den Einfluss des Irrthums auf Verträge, 1887.

Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, 1900.

Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879.

„ Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1889/90.

„ Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Inhaltsübersicht.

Einleitung . . . . . S. 7

I. Der offene Dissens.

§ 1. Einleitung, Antrag und Annahme . . . . . S. 8

1. Der offene Dissens in wesentlichen Punkten.

§ 2. a) in objektiven Hauptpunkten . . . . . S. 13

§ 3. b) in subjektiven Hauptpunkten . . . . S. 14

§ 4. 2. Der offene Dissens in unwesentlichen Punkten S. 20

II. Der versteckte Dissens.

1. Allgemeines.

§ 5. Die zu behandelnden Fälle . . . . . S. 23

§ 6. Die Grundlagen . . . . . S. 26

§ 7. Die Beziehungen zum Irrthum . . . . . S. 30

2. Der versteckte Dissens in wesentlichen Punkten.

§ 8. Allgemeines . . . . . S. 40

§ 9. dissensus in negotio . . . . . S. 42

§ 10. dissensus in corpore . . . . . S. 47

§ 11. dissensus in persona . . . . . S. 53

§ 12. dissensus in qualitate . . . . . S. 55

§ 13. Allgemeine Formel . . . . . S. 58

§ 14. Anfechtung und Schadensersatz . . . . . S. 65

§ 15. 3. Der versteckte Dissens in unwesentlichen Punkten S. 67

Einleitung.

Im Vertrage stehen sich zwei oder mehr Parteien gegenüber, die in Rechtsbeziehungen zu einander treten oder in ihren Rechtsbeziehungen eine Änderung herbeiführen wollen. Zu diesem Zwecke geben sie korrespondierend je eine Willenserklärung ab; diese zusammen bilden den Vertrag[1]. Es ist ersichtlich, dass die Erklärungen, um den gewünschten Erfolg herbeiführen zu können, harmonieren, d. h. sachlich übereinstimmenden Inhaltes sein müssen; die Einigung ist das Charakteristikum des Vertrages, „pactum est", sagt man," duorum vel plurium in idem placitum et consensus."[2] Mit diesen Sätzen ist aber nur ein Prinzip aufgestellt, und wie die meisten Prinzipien verträgt auch dieses keine schroffe Durchführung, sondern muss sich im Interesse des Verkehrs mannigfache Ausnahmen[3] gefallen lassen. — **Den Einfluss etwaiger Nichtübereinstimmung der Willenserklärungen auf die Gültigkeit des Vertrages darzustellen, ist hier die Aufgabe.**

---

[1]) cf. z. B. Savigny § 140, S. 309; Windscheid § 69, § 305; BGB. Entwurf I § 77; Endemann I, § 68, S. 318; Dernburg, BGB. I § 108, S. 334; § 128, S. 384.

[2]) cf. l. 1, § 1 u. 2. D. de pactis 2. 14 mit l. 3. pr. D. de pollicitationibus 50. 12.

[3]) Etwas ganz anderes ist dissensus-consensus contravius **Aufhebungsvertrag.**

Bei der Behandlung dieser Nichtübereinstimmung, des sogenannten Dissenses[3], thut man gut, den Werdegang eines Vertrages chronologisch zu verfolgen. Bei vielen Verträgen werden nämlich, ehe die Parteien zum Ziele gelangen, längere oder kürzere Vorverhandlungen geführt, Vorschläge und Gegenvorschläge gemacht, die als solche scharf von dem eigentlichen Vertragsschlusse, der endgültigen Einigkeitserklärung, zu trennen sind. Entsprechend sollen hier zwei Arten Dissenses geschieden werden:

1) Der Dissens, der naturgemäss in dem Hin—und—Her der Vorverhandlungen herrscht und mithin den Parteien von Anfang an wohl bewusst ist, sogenannter offener Dissens, und

2) Der Dissens, der noch bei der Einigkeitserklärung vorhanden ist und darin seinen Grund hat, dass die Parteien ihn übersahen und sich fälschlich für einig hielten, sogenannter versteckter Dissens.

Bei manchen Verträgen fehlen die Vorverhandlungen; die Parteien sind sich alsbald nach der ersten Anregung einig oder handeln so übereinstimmend, dass man überhaupt nicht sagen kann, wer die Initiative ergriffen hat. Hier kann natürlich von sogenanntem offenen Dissense keine Rede sein.

I. Der offene Dissens.

§ 1. Einleitung: Antrag und Annahme.

Vorauszuschicken sind wenige Worte über den Umfang und besonders den Inhalt des Vertragsbegriffes.

Was zunächst den Umfang betrifft, so ist derselbe für die Lehre vom Dissense mit wenigen, sich von selbst ergebenden

Ausnahmen auf alle Arten von Verträgen zu erstrecken. Das Hauptgebiet der Lehre wird zwar im Anschluss an die thatsächlichen Verhältnisse und das dem entsprechende Quellenmaterial der obligatorische Vertrag sein, nicht minder gelten jedoch die aufzustellenden Regeln im Prinzipe für den sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Vertrag. Auch im Rechte des BGB. ist der Vertragsbegriff auf das ganze Gebiet des Privatrechtes, unbedenklich auch auf die Einigung des Sachenrechtes zu erstrecken.

Seinem Inhalte nach zerfällt der Vertrag in zwei Willenserklärungen, die sich in den meisten Fällen, immer, jedenfalls beim offenen Dissense, als Vertragsanerbieten, auch Offerte oder Antrag (BGB.) genannt, und Annahme (BGB.) unterscheiden lassen. Die erste fordert den Gegner zum Vertragsschlusse auf, die zweite bekundet dessen Einverständniss mit dem gemachten Vertragsanerbieten, beide zusammen bilden durch den Konsens den Vertrag.

Wie schon angedeutet, wird nun dieses Einverständniss in vielen Fällen erst nach längeren oder kürzeren Vorverhandlungen erreicht. Oft will man das gemachte Anerbieten nicht gerade ganz zurückweisen, wünscht aber noch andere Modifikationen, und erklärt seinen Konsens nur für den Fall, dass z. B. der Preis noch herabgesetzt wird, Zahlungsfristen bewilligt, Garantien übernommen werden etc. etc. Der Gegner macht nun seinerseits wieder Gegenvorschläge, und so gehen die Verhandlungen hin und her. Es ist selbstverständlich und braucht vom Gesetze nicht hervorgehoben zu werden, dass, solange dieser Wechsel der Erklärungen noch keinen, irgendwie gearteten Abschluss gefunden hat, die Parteien aus solchen blossen Vorver-

handlungen in keiner Weise kontraktlich verpflichtet werden können, diese sogenannten Traktate[4] bleiben unverbindlich.

Man hat jedoch im einzelnen Falle zu prüfen, wieweit die Offerte durch die Antwort modificiert wird. Einerseits bleiben nämlich unerhebliche Zusätze, wie: „Ich erwarte aber gute Waare, prompte Bedienung etc." und ähnliche Bemerkungen als blosse Ermahnungen nnd Wünsche gleichgültig und hindern den im übrigen vorhandenen Konsens nicht.[5] Andererseits lassen sich in vielen Fällen die Offerten in mehrere selbständige Theile zerlegen, wobei dann Dissens im einen den Konsens im anderen nicht berührt.[6] Wenn man z. B. über den Preis des einen Pferdes einig geworden ist, wird es vielfach völlig gleichgültig bleiben, ob jemals eine Übereinstimmung bezüglich des zweiten Pferdes erreicht werden wird, während es aber auch ebensogut dem Käufer daran liegen kann, nur beide zusammen als ein Zweigespann zu erwerben. Wann man zum einen, wann zum anderen Resultat gelangen wird, muss der einzelne Fall ergeben, im allgemeinen wird man jedoch vermuthen können, dass eine einheitlich gestellte Offerte auch ihre einheitliche Erledigung finden soll.[7]

Wenn sich nach Obigem eine wirkliche Nichtübereinstimmung zwischen Offerte und Antwort herausstellt, so kann zwar, wie gesagt, eine kontraktliche Bindung aus ihnen nicht hergeleitet

---

[4]) Glück IV S. 105; Sintenis II. § 96, S. 252; Puchta II § 251, S. 381; Arndts § 231, S. 457; Windscheid II § 310, A. 5; Thöl I, § 235, S. 731; Baron § 212. 2. S. 330; Regelsberger Vorverhandlungen S. 128; derselbe bei Endemann II. § 243. S. 417; Motive I S. 163; Matthiass I § 50.

[5]) Staub Exkurs zu § 361. A. 50. S. 1144.

[6]) Hölder BGB, Ziff. 3. zu § 150.

[7]) Hölder a. a. O.

werden, die Antwort kann jedoch in anderer Weise von Bedeutung werden. In jedem Falle bringt sie zunächst eine Ablehnung der gemachten Offerte zum Ausdruck. Sie kann aber auch noch mehr enthalten. Sofern nämlich die Antwort mit genügender Bestimmtheit gefasst ist, liegt in ihr gleichzeitig eine unter jenen Modifikationen gestellte Gegenofferte. Die Erklärung: „Ich nehme an, kann aber nur einen Theil der Waaren gebrauchen," lässt den Willen ihres Uhrhebers nicht scharf genug erkennen,[7a] die Erklärung: „Ich will das Haus kaufen, wenn Sie es mir statt für 20000, für 15000 Mk. überlassen," enthält eine deutliche Gegenofferte. — Diese Sätze sind im alten wie im neuen Rechte gleichmässig zur Anerkennung gelangt. Im Gem. Recht[8] dient als Grundlage

11 § 3,4 D. de. V. O. 45,1 [Ulpianus]:

„Si quis simpliciter interrogatus, responderit, „si illud factum erit, dabo", non obligari eum constat: aut si ita interrogatus: intra kalendas quintas?" responderit: „dabo idibus", aeque non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est et versa vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit, eum non obligari cum adicit aliquid, vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tum enim alia stipulatio contracta esse videtur."

Im BGB. heisst es im § 150, Abs. 2:

[7a]) Endemann I § 69, A. 6; S. 326.

[8]) Windscheid II § 307, Ziff. 5, S. 237; Brinz IV § 573 S. 320; Hölder Pand. § 42 S. 233; Regelsberger S. 555 und Vorverhandlungen S. 91, 92; Leonhard. J. S. 168; ROHG. 1. 19; HEB. I, a 322; ABR. II 5, §84, 85 erblickt in der modificierten Annahme nur eine Ablehnung der Offerte.

„Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage."

Auf diese Weise kann die Rolle des Offerenten zwischen den Parteien beliebig oft wechseln. Für den Vertragsschluss kommen aber nur die beiden letzten der verschiedenen Erklärungen in Betracht.

Wenn nun am Schluss der Vorverhandlungen jede Partei ihr letztes Wort gesprochen hat, so ist dreierlei möglich:

Entweder es ist Konsens in vollstem Umfange erreicht, oder aber es gehen die Interessen der Parteien offensichtlich zu weit auseinander, um einen Vertragsschluss zu ermöglichen. Diese beiden Fälle, der des absoluten Konsenses und der des absoluten offenen Dissenses liegen einfach und werden auch bei den Kontrahenten keine Zweifel entstehen lassen. Anders die dritte Möglichkeit:

Wenn in den verschiedenen wechselnden Erklärungen einzelne Punkte sich stets gleichgeblieben sind, ihre Zahl sich vielleicht sogar gemehrt hat, und vielleicht nur noch ein verhältnissmässig kleiner Theil unerledigt geblieben ist, so kann es bei derartigem Theil-Konsens resp. Theil-Dissens in Verhandlungen, die nicht gerade klar geführt sind, leicht vorkommen, dass die eine Partei behauptet, es läge nunmehr ohne Rücksicht auf die noch ausstehenden Punkte bereits ein Vertrag vor, während die andere unter Hinweis auf gerade diese Punkte den Vertragsschluss leugnet. Wer bei dem derzeitigen Stande der Verhandlungen sich in einer günstigen Position zu befinden glaubt, wird die strittigen Punkte als gleichgültig bezeichnen, wer noch bessere Vertragsbedingungen wünscht, wird sich an sie als Rettungsanker klammern.

Zu scheiden ist hier, ob der unerledigte Theil sich als ein wesentlicher oder unwesentlicher, als Haupt- oder Nebenpunkt des Vertrages herausstellt.

1. Der offene Dissens in wesentlichen Punkten.

§ 2. a) in objektiven Hauptpunkten.

Ein Vertrag ist perfekt, wenn über alle wesentlichen Punkte Konsens herrscht.[9] Was aber ist ein wesentlicher Punkt? — Der Ausgang ist zu nehmen von der Eintheilung der Bestandtheile eines Rechtsgeschäftes in: essentialia, naturalia, accidentalia negotii.[10]

Soll überhaupt ein Vertrag in Frage kommen, so muss zum Mindesten dasjenige erfüllt sein, was das Recht für unbedingt erforderlich erklärt. Wie überhaupt jedes Rechtsgeschäft, so hat auch jeder Vertrag, so wie ihn das Gesetz verlangt, eine Reihe von Merkmalen aufzuweisen, ohne die er eben das nicht ist, was er sein soll. Ein Kauf z. B. ist undenkbar ohne eine bestimmte Waare oder einen bestimmten Preis, ein Werkvertrag ohne ein bestimmtes opus, ein Darlehen ohne eine bestimmte Quantität fungibeler Sachen etc. etc. Man nennt diese Punkte essentialia negotii, auch objektive Essentialien oder objektive Hauptpunkte, durch sie erhält das Rechtsgeschäft, der Vertrag, seine abstrakte Form.[11]

---

[9]) Arndts § 231 S. 456; Wächter II § 185 IV S. 357; Regelsberger Vorverhandlungen S. 129.

[10]) Mühlenbruch I § 104; Arndts § 65; Wächter § 74; Baron § 61; Hölder § 52; Dernburg I § 93; BGB. I § 109; Crome § 77.

[11]) Zitelmann J. S. 421.

Aus dem Gesagten ergiebt sich von selbst, dass in diesen Punkten unter den Parteien allemal nothwendig Übereinstimmung der Erklärungen herrschen muss, dass bei Dissens in objektiven Hauptpunkten von einem Vertrage nie die Rede sein kann.[12] Es ist dies ein so selbstverständlicher Satz, dass ihn das Recht garnicht auszusprechen braucht. Obwohl er im BGB. keinen Platz gefunden hat, gilt er darum nicht minder.[13] Im ersten Entwurfe war er im § 781 enthalten, man hat ihn iedoch, wie alles entbehrliche[14], später wieder gestrichen.

Es kann vorkommen, dass im Gesetze die Regelung eines Vertragstypus fehlt. Komplicierte Gebilde z. B., die sich aus mehreren Vertragsarten entwickelt haben, sind vielfach, wie heute der Trödelvertrag, vom Recht nicht besonders behandelt. In solchen Fällen sind als gesetzliche Hauptpunkte diejenigen anzusehen, die mit Hülfe der Wissenschaft sich aus dem Begriff und dem Zweck des betreffenden Vertragsgebildes ergeben.[15] Die Behandlung bleibt die gleiche.

§ 3. b. in subjektiven Hauptpunkten.

Die im § 2 angeführten Punkte sind keineswegs die einzigen, die keinen offenen Dissens zulassen. Niemand ist an die Vertragstypen in der Weise gebunden, dass ein Vertragsschluss nur hinsichtlich der objektiven Hauptpunkte möglich wäre. Darin besteht gerade die sogenannte Vertragsfreiheit, dass ein jeder seine Verträge gestalten kann, wie er will, sofern er nur nicht die gesetzlichen Grenzen überschreitet. Diese Grenzen sind aber, wenigstens auf dem Hauptgebiete der Verträge, dem Obligationen-

[12]) Dernburg I § 93. 2, II § 10. S. 25; Regelsberger S. 545.
[13]) Motive S. 162.
[14]) Motive V. S. 32; cf. Zitelmann R. S. 123.
[15]) Crome § 77. I. 1. S. 337.

rechte, sehr weit. So kann eine jede Partei innerhalb des gesetzlich erlaubten Rahmens über die objektiven Hauptpunkte hinaus beliebige weitere Punkte für Hauptpunkte erklären, die man dann als sogenannte accidentalia, als adiectiones, Clauseln, oder subjektive Essentialien, auch als Hauptpunkte des besonderen Willens der Handelnden bezeichnet. So will z. B. jemand ein Darlehen nur nehmen, wenn er es in Raten zurückzahlen darf, sein Haus nur vermiethen, wenn ihm die Miethe pränumerando gezahlt wird, eine Maschine nur kaufen, wenn ihm gewisse Garantien zugesagt werden etc. etc. Hierbei ist es auch keineswegs etwa erforderlich, dass sich diese Accidentalien in den Grenzen des allgemein Verkehrsüblichen halten, es können vielmehr die sonderlichsten Dinge der Welt als eine derartige conditio sine qua non aufgestellt werden[16], auch besondere Formen von der einen oder der anderen Seite verlangt werden.[17]

Ergiebt es sich nun, dass die Parteien in den gesetzlichen Essentialien zwar einig sind, ihre Erklärungen aber in einem Punkte auseinandergehen, den die eine oder die andere in dem oben geschilderten Sinne für einen Hauptpunkt erklärt, so ist auch in diesem Falle kein Vertrag entstanden.[18] Es ist dies eine

[16]) Regelsberger Vorverhandlungen S. 134; Endemann I § 69, S. 329; Crome I § 90 S. 404.

[17]) Vergl. BGB. § 154 Abs. 2: »Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet werden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.«

[18]) Puchta § 251 S. 379; Sintenis II § 96 A. 16; Baron § 213 S. 330; Regelsberger S. 546; ders. Vorverhandlungen, S. 134; ders. bei Endemann II § 243, S. 417; Dernburg I § 93. 2, II § 10, S. 25; Thöl I § 247, S. 785; Stobbe-Lehmann III § 217, S. 157; Sf. A: 13, 39; 25, 100 u. 126; 33, 210; 36, 187; 45, 241; 57, S. 386. RG. 41, 83; ferner die bei Kuhlenbach Rechtssprechung S. 270, fg. auch Juristische Wochenschrift 1892 S. 154 bezgl. 1896 S. 286, mitgetheilten Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 13. 1. 92 resp. 10. 4. 96 und das Urtheil vom 25. 2. 02, das Recht Bd. 6. S. 207, sowie das Kammergerichtsurtheil vom 20. 1. 02 abenda; Mugdan Falkmann B. 4. 48d; Warneyer zu § 154 unter 6; Soergel 1902 zu § 154. cf. auch ABR. I, 5. § 125; Sächs. BGB. § 783; Bad. BR. 1340 c.

ipso iure eintretende Folgerung, sie braucht keineswegs, wie Thöl meint[19], unter den Parteien besonders vereinbart zu sein.[20]

So heisst es im römischen Rechte in l 5. pr. D. de contr. emt. 18,1 [Ulpianus] „in venditionibus et emtionibus consensum intercedere debere palam est: ceterum sive in ipsa emtione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est . . .

Derselbe Satz ist im § 154 BGB. enthalten. Dort heisst es in Absatz 1:

„Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. . . . . " Mit diesen Worten ist nur der Grundgedanke übersprungen, dass solange über einen, auch nur von einer Partei, für subjektiv wesentlich erachteten Punkt Nichteinigung besteht, kein Vertrag geschlossen ist, und sogleich der specielle Satz ausgesprochen, dass im Zweifel eine jede Partei durch ihr Verlangen nach Regelung eines Punktes jenem eine derartige Bedeutung beilegt.[22]

Im einzelnen ergiebt sich aus dieser Regel zunächst, dass man allemal jede der Willenserklärungen so, wie die Parteien es wollen, als ein Ganzes betrachten muss und nicht etwa Antrag und Annahme gemäss den einzelnen in ihnen enthaltenen Punkten zerstückeln darf.[21] Es wäre falsch, wenn man willkür-

---

[19]) Thöl. a. a. O.

[20]) cf. Citate in Anm. 18 und besonders Regelsberger bei Endemann II § 243 A. 14 S. 421 u. Stobbe-Lehmann III § 217, S. 157.

[21]) Endemann I § 69 A. 14, S. 328; Motive S. 162.

[22]) Regelsberger, Vorverhandlungen § 16, S. 91 und S. 129; Bölder BGB. zu § 154; Crome § 90 S. 405; Cosack § 58. 3b. S. 171; Schwarz S. 15;

lich aus den erledigten Punkten einen selbständigen Vertrag konstruieren[23] z. B. bei der Verhandlung über den Kauf eines Grundstückes mit gleichzeitiger Hypothekbestellung, für die Restkaufgelder nach Einigung über den Preis allemal das Grundstück für verkauft erklären wollte, man muss vielmehr gemäss den Parteiintentionen das einzelne Stück in Rahmen des Ganzen betrachten. Wenn schon Einigung in sämtlichen Punkten ohne Vertragswillen zu keiner Bindung führt, so ist erst recht „Stückeinigung noch kein Vertrag."[24]

Ferner muss der Umstand, dass eine oder die andere Partei einen Punkt zum subjektiven Hauptpunkt erheben will, dem Gegner natürlich in gehöriger Weise erkennbar gemacht werden.[25] Das beste Mittel hierfür ist allemal die ausdrückliche Betonung in der Verhandlung, erforderlich ist sie aber nicht immer.[26] Konkludente Handlungen, die besondern Umstände, vor allem die in manchen Fällen ganz offensichtliche praktische Nothwendigkeit für diese oder jene Partei können das ausdrückliche Verlangen nach einer besondern Abmachung ersetzen. Zu weit darf man hier aber auch nicht gehen. Dass nicht alle Punkte,

[23]) Anders hier das Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Hier wird in art. 2, die Vermuthung aufgestellt, dass bei Einigung in allen wesentlichen Punkten der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. Eventuelle Lücken hat der Richter nach der Natur des Geschäftes auszufüllen.

[24]) Cosack. a. a. O.

[25]) Cosack § 58 b. S. 172; Crome I. S. 404; Gareis A. 2. zu § 154; Kaufmann A. 3 zu § 154; Plank A. 1. zu § 154; Schwarz S. 14; Motive I S. 162; Sf.A. 34, 25; Mugdan-Falkmann: 2, 187b; 4,48d; Warneyer zu § 154 unter 3.

[26]) Regelsberger Vorderhandlungen S. 134; Endemann I § 69 A. 14 S. 328; Meissner zu § 154, 155, S. 149; Motive S. 162; Sf.A. 13,39; 33,210 II; RG. 41, S. 330.

die nach Lage der Sache vielleicht praktischer Weise eine besondere Regelung erfahren könnten, besprochen und erledigt sind, kann niemand für sich geltend machen.[27] Hat jedoch einmal eine Partei den Wunsch nach Feststellung eines Nebenpunktes ausgesprochen, so besagt sie damit in dubio, dass sie den Punkt zu einem nach ihrem Willen wesentlichen erheben will. Man kann diesen Satz nur in Form einer Auslegungsregel aufstellen, auch im BGB. wird er, wie bereits erwähnt, durch die Worte „im Zweifel" nur als solche gekennzeichnet. Dass nämlich alle einmal zur Sprache gekommenen speciellen Punkte nun auch eine specielle Regelung erhalten müssten, kann man schon um deswegen nicht behaupten, weil mancher Punkt später ausdrücklich oder stillschweigend wieder fallen gelassen wird, auch unter Umständen das Verlangen nach Regelung von vornherein kein ernstliches gewesen sein kann. Beides ist scharf zu beachten.[28] — Wann man sich im Sinne der Auslegungsregel zu entscheiden hat, wann nicht, muss der einzelne Fall und Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte ergeben, erwähnt sei hier nur noch das eine Beispiel, dass man einer telegraphischen Annahmeerklärung mit dem Zusatze „Brief folgt" ein derartiges Verlangen nach Regelung weiterer Punkte entnehmen kann.[29]

Die gewonnenen Regeln werden im Prinzipe auch dadurch nicht geändert, dass die Parteien die erledigten Punkte schriftlich fixieren, wodurch sogenannte Punktationen ent-

[27]) Hölder BGB. zu § 154; Sf.A. 13,39; Mugdan-Falkmann II, 187b; Soergel 00/01, zu § 154 unter a.

[28]) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 135; Crome I § 90, S. 405.

[29]) Sf.A. 30,14; 46,177.

stehen[30]. Solange nicht durch übereinstimmenden Parteiakt die Punktation zum Dokument über den erfolgten Vertragsschluss erhoben ist, verhindert offener Dissens in weiteren Punkten das Zustandekommen des Vertrags. Bedeutungslos ist deshalb jedoch die Schriftlichkeit nicht allemal. Wenn man nämlich im Zweifel über die Parteiabsichten ist, kann man, sofern die objektiv wesentlichen Punkte erledigt sind, und es sich im übrigen um ein bereits ausführbares Projekt handelt, an der Schriftlichkeit immerhin ein, wenn auch nur rein thatsächliches, Moment finden, dass für Bindung in jenen Punkten und Nebensächlichkeit der unerledigten Punkte spricht. Verstärkt wird diese Vermuthung noch in dem Falle, dass beide Parteien die Punktation unterzeichnet haben.[32] Es ist sogar der Satz aufgestellt worden, dass unter diesen Umständen die Punktation verbindlich sei, und dass das Gegentheil nur bei ausdrücklicher Verabredung gelte;[33] auch einige Gesetze stehen auf ähnlichem Standpunkte.[34] Richtiger ist es schon, nicht so weit zu gehen, da auch eine unterschriebene Punktation nur lediglich ein Beweismittel darstellen kann. – Das BGB. sagt denn auch im Satz 2 des § 154 kurzweg: „Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat."[35]

Bei offenem Dissens in subjektiven Hauptpunkten, wie überhaupt bei offenem Dissense in Hauptpunkten, wird es naturgemäss

[30]) Glück IV S. 107; Dernburg II § 10, S 26; Baron § 212,2 S. 330; Thöl I § 247, S. 785; Stobbe-Lehmann III § 217, S. 156; Regelsberger bei Endemann II § 243, S. 421; Sf.A. 36,187 II.

[32]) Regelsberger a. a. O.; Warneyer unter § 154 unter 4; das Recht Bd. 5, S. 538 bei § 157.

[33]) Glück IV, S. 107; Brinz § 573,2.

[34]) ALR. I 5, § 120,121; Sächs. BGB. § 827; Oestr. BGB. § 885;

[35]) Aus obigem ergiebt sich, dass der Begriff Punktation ein sehr unpräciser ist. Vergl. nach A. 37.

oft vorkommen, dass nach langen Verhandlungen doch schliesslich alles an einem womöglich ganz geringfügigen Punkte scheitert, vielleicht eben nur deshalb, weil eine der Parteien des Vertrages müde geworden ist. Die Kosten der Vorverhandlungen muss jedoch jeder selbst tragen, weil ein jeder von vornherein mit dem Nichtzustandekommen des Vertrages rechnen kann und muss.[36]

§ 4. 2) Der offene Dissens in unwesentlichen Punkten.

Trifft der offene Dissens einen unwesentlichen, d. h. objektiv, wie subjektiv unwesentlichen Punkt, so ist die Wirkung eine den obigen Regeln gerade entgegengesetzte. Vielfach wird bei Verhandlungen abgemacht, dass der Vertrag in bestimmten Punkten, den wesentlichen Punkten, als perfekt anzusehen sei, während der Rest späterer Vereinbarung vorbehalten bleibt.[37] Oft ist es auch ohne besondere Abrede beim Vertragsschlusse selbstverständlich, dass später noch diese und jene Punkte geregelt werden sollen; man denke nur an die Verpachtung eines in Bewirtschaftung befindlichen grossen Gutes, bei der bei der Übergabe noch so manches bezüglich des Inventars, der Bestände, baulicher Verbesserungen etc. etc. beredet wird. Hier kann es dann leicht vorkommen, dass die Parteien später über einen solchen Punkt nicht einig werden können.

Mag nun den Parteien nachträglich noch so viel an dem fraglichen Punkte gelegen sein, er kann, da er nicht bis zum Momente des Vertragsschlusses für wesentlich erklärt ist, an dem damals ausgesprochenen Konsense nichts mehr ändern;[38] die

[36]) Sintenis II § 96 S. 254; Motive I S. 162; Kaufmann A. 5 zu § 154.

[37]) Bei Schriftlichkeit nennt man auch diese Abmachungen Punktationen. Vergl. A. 35.

[38]) Windscheid § 310 bei A 6 S. 253; Dernburg a. a. O. S. 27; Brinz IV § 573, S. 322.

Gültigkeit des Vertrages bleibt unberührt. Es kann nur die Frage entstehen, mit welchem Inhalte der Vertrag nunmehr zum Abschluss gelangt ist.

Erinnert sei zunächst noch einmal daran, dass unter Umständen die Dissenspunkte einen mit dem Hauptkontrakte juristisch nicht zusammenhängenden Nebenkontrakt bilden können und dann ersteren natürlich nicht im geringsten berühren.[39] Wenn aber der Dissens wirklich einen integrierenden Bestandtheil des Vertrages trifft, so ist jener in diesem Punkte lückenhaft; aber es sind unschädliche Lücken, die ausgefüllt werden können. — Auch nach BGB. gelten diese Sätze; denn, wie oben[40] dargelegt, spricht § 154 nur vom offenen Dissense in wesentlichen Punkten und lässt nur in diesem Falle keinen Vertrag entstehen. per argumentum e contrario gewinnt man dann auch hier das obige Resultat.[40a]

Darüber, wie die durch den Dissens entstandenen Lücken ausgefüllt werden müssen, fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung, es greifen die allgemeinen Regeln ein. Man hat hier vielfach einfach auf die sogenannten naturalia negotii verwiesen, in manchen Fällen wird jedoch ein billiges richterliches Ermessen an ihre Stelle treten müssen.[41] Neumann[42] stellt hier

[39]) Es soll z. B. in dem obigen Pachtvertrage der Pächter die Gebäude in Stand halten. Dabei soll nun eine Abmachung getroffen werden, dass der Verpächter, der auch Ziegeleibesitzer ist, die erforderlichen Steine liefert.

[40]) S. 16.

[40a]) Gareis A. 5 zu § 154; Kaufmann A. 4 zu § 153.

[41]) Sintenius II § 96 A. 16; Dernburg II § 10 S. 27; Thöl § 247 S. 785; Stobbe-Lehmann III § 217 S. 157; Dernburg BGB. I § 128 S. 384; Szolny & Caro A. 2 zu § 154; Meisner S. 149; — Regelsberger S. 546; ders. Vorverhandlungen S. 134; ders. bei Endemann § 243 S. 417; Seuffert II § 256 S. 61; Neumann A. 2 zu § 154; Motive I S. 163; RG. 12. 75.

[42]) Neumann A. 2 zu § 154; vergl. Staub Exkurs zu § 361 A. 77; Dernburg BGB. I § 128 A 4 S. 385.

das Beispiel auf, dass bei Dissens zwischen 3 oder $3^1/_2$ % Zinsen nicht 4%, der nach § 246 BGB. gesetzmässige Zinssatz, sondern nur $3^1/_2$ % zu gelten haben, da ja 4% von keiner Seite erwartet werden. Umgekehrt sind auch bei Dissens über 5 und 6 % 5 ‰ zu zahlen; es ist eben derjenige Weg einzuschlagen, der dem gesetzlichen am nächsten kommt.

Welches im Einzelfalle die richtige Lösung ist, muss Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergeben.

Als Schluss des ersten Abschnittes dieser Arbeit mögen noch wenige Worte über die Beweislast beim offenen Dissense folgen:[43] Wer sich auf offenen Dissens in objektiv wesentlichen Punkten beruft, leugnet damit den Klaggrund des Gegners. Er hat nichts zu beweisen, der Gegner mag den Beweis der erfolgten Einigung erbringen. Will man sich darauf berufen, dass in einem weiteren Punkte, einem subjektiven Essentiale, noch kein Konsens erreicht sei, so liegt darin ebenfalls eine negative Litiskontestation. Da aber als Vorbedingung für die Wesentlichkeit eines solchen Punktes deutliche Kennzeichnung desselben als solchen erforderlich ist, so muss bewiesen werden, dass diese erfolgt ist. Es wird jedoch der Nachweis genügen, dass der fragliche Punkt zur Sprache gebracht ist, da alsdann der Partei die gesetzliche Regel zur Seite tritt, dass sie hierdurch den betreffenden Punkt im Zweifel für wesentlich erklärt hat. Der Gegner kann demgegenüber seinerseits wieder beweisen, dass auch in diesem Punkte Konsens erzielt sei, er kann sich aber auch, darauf berufen, dass jener Punkt, obgleich er verhandelt sei, nur unwesentlich sei. Da durch die Auslegungsregel der Regelfall dargestellt wird, den man bei Unklarheit der Willenserklärung als gegeben ansehen soll, der Gegner hier aber derselben widerstreitet, so mag er auch beweisen, dass seine Auslegung die rechte ist.

[43]) Neumann A. 1 zu § 154; Kaufmann A. 4 zu 154; Szolny & Caro zu § 154; Mugdan-Falkmann 4. 48d; Soergel zu § 154.

II. Der versteckte Dissens.

1. Allgemeines.

§ 5. Die zu behandelnden Fälle.

In den bislang behandelten Fällen lag eine Nichtübereinstimmung der Willenserklärungen vor, die den Erklärenden wohl bewusst war; zu einem beiderseits anerkannten Vertragsschlusse war es noch garnicht gekommen. Im folgenden hingegen handelt es sich um einen Dissens, der den Parteien entgangen ist. A. und B. sind der Meinung, hinsichtlich aller in Frage stehender Punkte ihres Vertrages die gewünschte Einigkeit erreicht zu haben, ihrer Ansicht nach ist der Vertrag nunmehr geschlossen. Erst später stellt sich heraus, dass sie de facto noch garnicht einig geworden sind, dann in diesem oder jenem Punkte war die Übereinstimmung nur eine scheinbare.

Dass bei einem Vertrage eine nur scheinbare Übereinstimmung der Willenserklärungen, ein Dissens im weiteren Sinne des Wortes vorliegt, kann mancherlei Gründe haben; es gilt daher zunächst, die Grenzen für die folgende Untersuchung näher festzulegen.

Von Verträgen ist hier die Rede. Ein Vertrag verlangt, wie oben dargelegt, zwei Willenserklärungen von bestimmten Eigenschaften. Also nur solche Fälle gehören hierher, die zwei Erklärungen enthalten, d. h. natürlich zwei gültige Erklärungen, an deren Bestand nicht zu rütteln ist. Es scheiden also, und das ist stark zu betonen, alle Fälle aus, in denen eine Vertragserklärung, für sich betrachtet, intakt ist.[44]

Nicht zu reden ist also zunächst von den Fällen, in denen bei der einen oder der andern Erklärung der Vertragschliessenden eine Mentalreservation vorliegt, ein nicht erkannter Scherz,

[44]) Vergleiche Anmerkung 79 und 81.

Fälle, in denen nur einer der Kontrahenten die Nichtübereinstimmung übersieht.

Aber auch Fälle, in den beiden Parteien die Nichtübereinstimmung entgeht, müssen ausscheiden: das ganze Gebiet des Irrtums sowie die falsche Übermittelung der Willenserklärung. Das ist nicht allzeit beachtet worden, ältere wie neuere Rechtslehrer haben den versteckten Dissens und den Irrtum nicht oder doch nicht in genügender Weise getrennt. Und doch handelt es sich um zwei grundverschiedene Dinge mit völlig verschiedenen Rechtsfolgen. Darüber mehr unten im § 7.

Damit sind wir aber noch nicht am Ende. Nicht nur die Fälle nicht intakter Willenserklärungen müssen ausgeschieden werden, auch unter den intakten Willenserklärungen giebt es Fälle, die hier nicht zu behandeln sind, die Fälle falscher Bezeichnung[45]. Leicht kann es vorkommen, dass die Parteien dem Willen nach durchaus konsentieren, in den Erklärungen aber, besonders in schriftlichen, ohne dass es bemerkt wird, eine Partei eine falsche Bezeichnung gebraucht. Die Bedeutung solcher und ähnlicher Versehen festzustellen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit; es kann hier nur immer dasjenige gelten, was sich in solcher Lage als die eigentliche Erklärung herausstellt.

Also zwei absolut intakte Willenserklärungen und ein doch nur scheinbarer Konsens! Zunächst einige Beispiele! Jemandem wird ein ihm bekanntes Gefäss mit der Bezeichnung

[45]) Die falsche Bezeichnung bleibt prinzipiel gleichgültig. Vergl. I 9 § 1 D 18. 1; I 34 pr D 41. 2; I 32, I 65 § 1 D 45. 1; Glück IV § 297 S. 160; Mühlenbruch II § 338 S. 255; Richelmann S. 50; Sintenis § 22 A. 32; Vangerow III § 604 S. 260; Savigny S. 305/306 h; Brinz § 527 S. 49; Dernburg I § 102 A. 1; Sk. A. 2, 27. 3 — Auch falsche juristische Bezeichnung bleibt gleichgültig. Wächter II S. 370; Werthauer § 27 S. 38.

„vergoldet" schriftlich zum Kauf angeboten. Er überliest das „vergoldet" und schreibt zurück, dass er das „goldene" Gefäss zu dem angebotenen Preise kaufe. Der Offerent übersieht das „golden" ebenfalls, beide glauben sich in schönster Einigkeit, jeder hatte gesagt, was er auch wirklich wollte.[46] — In einer Stadt giebt es zwei Herren Meyer, beide besitzen eine Villa „Quisisana". Meyer I bietet einem Dritten schriftlich seine „Quisisana" zum Kaufe an. Jener schlägt ein in dem Glauben, es handele sich um Meyer II und dessen „Quisisana"[47] — Jemand will vom Pferdehändler ein Pferd kaufen. Nachdem über verschiedene Pferde unterhandelt ist, sagt der Kauflustige: „Wollen Sie mir nun das Pferd um 1000 Mk. lassen oder nicht?" Der Händler antwortet: „ja". Der eine hatte den Schimmel im Sinn, der andere den Rappen, — Jemand bestimmt als Lieferungsort Frankfurt. Er meint Frankfurt a. M., sein Gegner denkt an Frankfurt a. O.[48][49]

Das sind alles Fälle, in denen ein jeder eine seinem wahren inneren Willen durchaus entsprechende Erklärung abgegeben hat, in denen aber doch nur ein scheinbarer Konsens herrscht. Allemal liegt aber auch eine gewisse Inkorrektheit vor, eine Flüchtigkeit beim Empfang der Erklärung oder eine vieldeutige Ausdrucksweise, die den scheinbaren Konsens ermöglichte.[50]

[46]) Nach Crome I § 94 A. 21 S. 424.
[47]) Nach Cosack I § 64 S. 210 unter b.
[48]) Nach Neumann A. zu § 145.
[49]) Weitere Beispiele siehe Cosack § 64 S. 210; Dernburg BGB. I § 144 A. 1 S. 431; Endemann I § 70 A. 19 S. 431; Gareis A. 5 zu § 119; Neumann zu § 155; ferner unten S. 31.
[50]) Der Anschein eines Konsenses muss aber doch allemal vorliegen. Dernburg I § 101 A. 2 erwähnt den Fall, dass zwei Schwerhörige verschiedene Erklärungen abgeben und sich falsch verstehen, während die Umstehenden dies bemerken, wo also nicht einmal von dem äusseren Anscheine eines Konsenses die Rede sein kann.

Man bezeichnet alle diese Fälle im Gegensatze zum offenen Dissense als versteckten oder verdeckten Dissens, manche sprechen auch von unbewusstem Dissens oder von Dissens im engeren Sinne, auch wird der Ausdruck „Dissens" ohne näheren Zusatz vielfach nur für die vorliegenden Fälle gebraucht. Neuerdings hat sich die Bezeichnung Missverständniss, oder Irrtum als Missverständnis sehr eingebürgert.[51]

§ 6. Die Grundlagen.

Unter den oben angeführten Beispielen kann man einen Unterschied feststellen. In dem Fall des Kaufes des goldenen Gefässes liegt der Grund des Dissenses darin, dass die Erklärung der einen Seite von der Gegenseite nicht in ihrem vollen äusseren Umfange erfasst ist, dass etwas überhört, überlesen wurde. In den anderen Beispielsfällen hat jeder die äusseren Zeichen der Erklärung des Gegners wohl erfasst, nur legt er ihnen einen anderen Sinn bei, als der Urheber. Entsprechend gestaltet sich die Behandlung verschieden.

Die erste Art von Nichtübereinstimmung wird verhältnismässig die seltenere sein. Das obige Beispiel ist eins der krassesten dieser Art von Dissens, wie es wohl besonders schwer zu finden sein wird. Eher wird sich die Möglichkeit in Fällen ergeben, wo die Parteien vielbeschäftigt sind und beim Empfang resp. bei der Abgabe der Erklärungen der vorangegangenen Erklärungen sich nicht mehr recht bewusst sind.[52] Die generelle Regelung ist einfach,[53] Ein Vertrag besteht aus zwei korrespondierenden empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Wenn man

[51]) Vergl. Sachs BGB. § 837.
[52]) Matthiass I § 53 S. 216.
[53]) Dernburg I § 101 A. 2 S. 233; Werthauer § 27 S. 38.

nun den äusseren Zeichen nach nicht den vollen Umfang der Willenserklärung des Gegners empfangen hat, so hat man, mag man sich unter der Willenserklärung denken, was man will, garnicht die korrespondierende Willenserklärung empfangen, sondern eine ganz andere, vom Gegner garnicht abgegebene. Es ist klar, dass der Schein des Konsenses hier prinzipiell in ein reines Nichts zusammensinkt, dass ein Vertrag nie entstanden ist.

Schwieriger sind die Fälle der zweiten Art zu behandeln, wo die äusseren Zeichen der Erklärung von den Parteien ganz richtig erfasst sind und auch durchaus harmonieren, der versteckte Dissens aber dadurch entsteht, dass jede Partei einen anderen Sinn in sie hineinlegt. Ausgehen müssen wir wiederum von dem Satze, dass der Vertrag zwei übereinstimmende, korrespondierende, empfangsbedürftige Willenserklärungen erfordert. Wenn wir in diesem Satze soeben „empfangsbedürftig" betonten, müssen wir jetzt auf „Willenserklärungen" näher eingehen. Das Wort „Willenserklärung" enthält zwei Momente. Oben, bei der Behandlung des offenen Dissenses, wurde immer nur die eine Seite „Erklärung" betont, und das genügte dort, hier muss auch die zweite Seite „Wille" herangezogen werden. Es sind nicht nur Erklärungen, mit denen wir es zu thun haben, sondern Willenserklärungen, pactum est consensus atque conventio; darin liegt zweierlei, einmal Übereinstimmung der Erklärungen, conventio, aber auch Übereinstimmung des Willens, consensus.[54]

[54]) Zu erwähnen ist, dass Leonhard (Irrthum, bes. § 2) im Anschluss an Röver behauptet und aus den Quellen zu beweisen versucht hat, die Übereinstimmung des Willens sei garnicht erforderlich, consensus, consentire, bedeute nur Harmonie der äusseren Erklärungen. Dass dies unzutreffend ist, kann hier nicht erwiesen werden, erübrigt sich auch schon deshalb, weil Leonhard gerade für unsere Lehre Ausnahmen macht § 9 S. 182 — Vergl. Windscheid § 75 A. 1a a. E. u. Brinz § 526 A. 15 S. 39.

Wenn nun, wie in unsern und vielen anderen Fällen, nur dem einen Erfordernisse, der Übereinstimmung der Erklärungen Genüge gethan ist, der consensus aber fehlt, so entsteht die Frage, welches von beiden Momenten das stärkere ist. Ein erbitterter, noch nicht beendeter Streit ist über diese Frage entbrannt[55]. Es muss hier genügen, zu bemerken, dass dem Folgenden die alte, immer noch nicht verdrängte Willenstheorie zu Grunde gelegt ist. Die anderen Theorien kommen natürlich zu teilweise anderen Resultaten, die Abweichungen sind aber in unserer Lehre nicht übermässig gross.

Nach der Willenstheorie ist im Falle einer Divergenz zwischen dem inneren Willen und der äusseren Erklärung[56] der Wille der stärkere, ihm muss zur Geltung verholfen werden unter Vernichtung jener falschen Erklärung. In unseren Fällen liegt zwar keine reine Divergenz, kein absoluter Gegensatz zwischen Wille und Erklärung vor, aber auch keine Harmonie. Die Aussenwelt kann zwar aus der Erklärung den wahren Willen entnehmen, ebensogut aber auch einen falschen. Und wenn sie letzteres thut, dann muss man in Anwendung der Willenstheorie sagen: „Wenn zwar die äusseren Zeichen der Erklärung harmonieren, der innere Wille der Parteien aber aus dem Grunde nicht derselbe ist, weil jede Partei jenen Zeichen einen anderen Sinn beilegt, so ist kein Vertrag entstanden.“[57] Man kann hierfür eine ganz allgemeine Stelle anführen:

---

[55]) Vergl. Windscheid I § 75 A. 1a S. 322; Endemann I § 334 A. 4.

[56]) Es ist zwar ein Pleonasmus, von „innerem Willen“ und von „äusserer Erklärung“ zu reden. Zur bessern Hervorhebung des Gegensatzes möge er erlaubt sein.

[57]) Richelmann S. 8; Sintenis II § 98 S. 305; Arndts § 238 S. 475; Vangerow III § 604 S. 261; Wächter II § 186 Beil. S. 373; Brinz § 526 S. 42; Regelsberger § 142 S. 525; Wendt § 45 S. 113; Exner S. 263; Zitelmann J. & R. S. 420; Sf.A. 2. 273.

»in omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.“

So ist in beiden oben aufgestellten Gruppen von Dissens nie ein Vertrag entstanden. Beidemal ist dieser Satz aber, wie gleich bemerkt sei, nur ein Prinzip, das Ausnahmen erfordert.

Das Recht des BGB. kommt zu demselben Resultate.[58] Auf den ersten Blick scheint es zwar auf einem anderen Standpunkte zu stehen, als das Gemeine Recht. Im § 155, wo der versteckte Dissens behandelt wird, heisst es nämlich: „Haben sich die Parteienen bei einem Vertrage, den sie als geschlosssen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.“ Damit scheint gerade die Gültigkeit als Regel aufgestellt zu sein, in Wahrheit ist jedoch auch hier Nichtzustandekommen des Vertrages das Prinzip; denn die Gültigkeit tritt nur unter besonderen Umständen ein, wenn nämlich anzunehmen ist, „dass die Parteien . . . .“, im übrigen entsteht kein Vertrag.

[58]) Cosack I § 64 S. 210; Crome § 94 S. 420; Enneccerus S. 179 § 77; Endemann § 70 Ziff. 5; Matthiass I § 52 S. 216; Kipp bei Windscheid I nach § 77 S. 341; Dernburg BGB. I § 144 S. 431; Schwarz S. 15; Leonhard BGB. 509.

§ 7. Die Beziehungen zum Irrtum.

I. In allen Fällen versteckten Dissenses liegt eine grosse Ähnlichkeit mit Irrtum vor, die zu Verwechselungen führen kann. Da es sich aber um zwei, weniger nach altem Rechte, um so mehr aber nach BGB. grundverschiedener Dinge handelt, so ist ein näheres Eingehen auf die beiderseitigen Beziehungen erforderlich.

Dass, obwohl eine jede Partei wirklich gesagt hat, was sie wollte, genauer gesagt, eine Erklärung abgegeben hat, die eine ihrem inneren Willen entsprechende Deutung zulässt, der Anschein eines Konsensus entstehen konnte, liegt in den meisten Fällen (in der zweiten, der oben aufgestellten Gruppen) daran, dass die Parteien und zwar beide, sich unpräziser Ausdrücke bedient haben, die verschiedene Deutung zulassen[59 60]. Diese Zweideutigkeit hat man in verschiedener Weise hinwegzuinterpretiren gesucht und alsdann gesagt, die eine Partei habe eine ihrem inneren Willen widersprechende Erklärung abgegeben, es fänden die Regeln vom Irrtum Anwendung.

So wird zunächst in den vielen Fällen, in denen man auf eine Offerte nur mit „Ja", mit „Einverstanden" oder einem ähnlichen kurzen Worte antwortet, die Möglichkeit von Dissens geleugnet. In allen solchen Fällen muss sich das „Ja" resp. „Einverstanden" aus den Zeichen der Erklärung des Gegners, auf die Bezug genommen ist, ergänzen. Es wird nun behauptet diese Ergänzung müsse in dem Sinne erfolgen, in dem vom Gegner jene Zeichen gebraucht seien, wodurch dann allerdings eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung entsteht.[61]

---

[59]) Savigny III S. 265; Hölder S. 241: Werthauer § 25 S. 36.

[60]) Es wird also die Möglichkeit eines Dissenses durch Formalakte wegen der dabei obwaltenden grösseren Genauigkeit sehr vermieden.

[61]) Zitelmann R. i. E. S. 39; Crome § 94 A 21 S. 424.

Andere Autoren gehen auf ähnlichem Wege noch weiter.[62] An die Spitze stellen sie den völlig richtigen Satz, dass man bei zweideutigen Erklärungen auf den inneren Willen der Parteien zurückgehen müsse und dass nur, wenn dann noch Übereinstimmung gefunden würde, ein Vertrag vorläge. Sie suchen jedoch ein Zurückgehen auf den inneren Willen dadurch auszuschliessen, dass sie es nur dann gestatten wollen, wenn kein Auslegungsmittel mehr die Zweideutigkeit beseitigen kann. So kritisiert z. B.[63] Leonhard in diesem Sinne einige von Endemann aufgestellte Beispiele: Wenn der Besitzer zweier Stadthäuser in absentia eines derselben verkaufe, der Käufer aber dabei gerade das andere im Auge gehabt habe, so müsse man auf den inneren Willen zurückgehen, da der Ausdruck „Stadthaus" so gut auf das eine Haus passe, wie auf das andere. Anders in dem Falle, dass jemand die „linke" Theaterloge miethe, dabei sich in Gedanken vor die Bühne stelle, während der Kassierer an die von der Bühne ausgesehen linke Seite des Hauses denke, oder in dem Beispiele, dass ein Norweger das erste Stockwerk eines Hauses miethe, darunter aber unser sogenanntes Parterre verstehe. Hier lägen gar keine zweideutigen Erklärungen vor, hier müssten die Offerten in dem ortsüblichen Sinne von „links" etc. verstanden werden und dieser Sinn auch den äusseren Zeichen der Erklärung des Acceptanten beigelegt werden, die denn dadurch in Widerspruch zu dem inneren Willen des Erklärenden gerate. Die Fälle seien mithin nach den Regeln des Irrtums zu behandeln.

In alledem liegt eine falsche Verwendung der Auslegungsregeln. Eine derartige Regel, die bei unklaren Ausdrücken auf

[62]) Leonhard BGB. 427, 475, 507.
[63]) Leonhard BGB. 507; Endemann I § 70 A 19 S. 340.

Ortsgebrauch etc. etc. verweist, kann immer nur dazu verwendet werden, eine Erklärung für sich, beim Dissense jede Vertragserklärung gesondert, zu erhellen, denn jede Erklärung ist beim Vertrage ein selbständiges Ganze, keineswegs ist die Offerte sozusagen das Objekt der Annahmeerklärung. Gewiss ist es richtig, dass in den oben angeführten Fällen einer nur aus „Ja" etc. bestehenden Acceptation dies „Ja" aus den äusseren Zeichen der Offerte sich zu einem Satze ergänzen muss, aber auch nur aus den äusseren Zeichen, nicht auch notwendig aus dem vom Urheber derselben ihnen beigelegten Sinne. Es wird nun einmal ein sermo ambiguus herangezogen und „in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus".[64] Man kann dem Acceptanten nicht Worte in den Mund legen, die er nie sagen wollte.[65] — Ebenso steht es mit der Verwendung des Sprachgebrauchs, der Usancen, Sitten etc. etc.[66] Alle diese Mittel können nur dazu dienen, festzustellen, was jeder der Kontrahenten hat ausdrücken wollen; nie darf man nach den Umständen etc. eine einzige Variation aus der Mehrdeutigkeit herausnehmen und diese als die einzig gebrauchte hinstellen; damit würde man immer dem einen oder dem anderen Paciscenten zu nahe treten.[67] — Andererseits geben jedoch der Sprachgebrauch etc. die Grenzen für die Möglichkeit eines Dissenses. Versteht jemand bei einem 5 stöckigen Hause unter dem ersten Stock den unter dem Dache belegenen, dann überschreitet er die Grenzen der Zweideutigkeit

---

[64]) l 3 D. de reb. dub. 34. 5.

[65]) Ebenso Werthauer § 25 S. 36; Kipp bei Windscheid I nach § 77 S. 341.

[66]) Ebenso Werthauer § 28 S. 40; Endemann I § 70 A. 19 S. 341.

[67]) Hölder's Bemerkungen, Pand. S. 239 und BGB. A. 2 zu § 145 beziehen sich wohl nur auf den Fall, dass eine unzweideutige Erklärung missverstanden ist.

und befindet sich im Irrthum, das versteht man allgemein nicht unter dem Ausdruck „erster Stock.“ —

II. Während es sich bislang darum handelte, die einzelnen Fälle richtig unter die Kategorien Irrthum und Dissens zu vertheilen, muss jetzt von denjenigen Richtungen gesprochen werden, die Irrthum und Dissens überhaupt nicht scheiden, genauer gesagt, den Dissens lediglich als eine Art des Irrthums ohne besondere Bedeutung hinstellen.

In der That liegt auch in jedem Falle des versteckten Dissenses ein Irrthum vor. Der Irrthum liegt in der falschen Meinung, die jede Partei über den Sinn der Erklärung ihrer Gegenpartei hat. Genau genommen kommt es nur auf das Missverständnis des Acceptanten an.[68] Wie nämlich der Offerent, die Annahmeerklärung auffasst, bleibt für das Zustandekommen des Vertrages rechtlich völlig gleichgültig. Entweder ist nämlich die Annahmeerklärung fähig, den Vertrag zu schliessen, dann ist der Vertrag unter Anwesenden im Momente der Abgabe, unter Abwesenden im Momente des Zugehens[69] der Annahmeerklärung geschlossen, oder sie ist es nicht, dann kann nie ein Geschäft entstehen. Was nachher der Offerent über die Acceptation denkt, bleibt gleichgültig. Andererseits hat das Missverständnis auf Seiten des Offerenten die grosse praktische Bedeutung, dass gerade in ihm der Grund liegt, weshalb die Nichtübereinstimmung der Vertragserklärungen nicht entdeckt ist. Sowie der Offerent bemerkt hätte, dass der Acceptant seine Offerte miss-

---

[68]) Vergl. zum Folgenden: Werthauer § 26 S. 37; Richelmann S. 10.

[69]) Nach [der, für das Gem. Recht allerdings nicht unbestrittenen] Empfangstheorie. Windscheid II § 306; BGB. § 130.

verstanden hat, hätte sofort die Sachlage des offenen Dissenses vorgelegen.

Dieser beim Dissense vorliegende Irrthum spielt nun genau dieselbe Rolle, wie der Irrthum in den technisch als „Irrthum" oder „Geschäftsirrthum" bezeichneten Fällen, denen der Dissens fälschlicher Weise gleichgestellt ist. Bei „Dissens" sowohl, wie bei „Irrthum", hat der Irrthum nämlich keine positive, sondern eine negative Funktion,[70] beidemale hat der Nichterfolg der Parteihandlungen seinen direkten Ursprung garnicht in jenem Irrthum.[71] Ob der fragliche Vertrag gültig zu Stande gekommen ist, kann immer nur davon abhängen, ob der erforderliche Thatbestand vorliegt; fehlt es an der nötigen Willens- und Erklärungsübereinstimmung, so ist eben, und nur darum, kein Vertrag entstanden, mag dieser Mangel nun darin seinen Grund haben, dass auf einer Seite Wille und Erklärung divergieren, oder darin, dass die Erklärungsinhalte nicht zusammen passen. Denke man sich z. B.[72] einmal den Irrthum weg und nehme an, die Parteien bemerkten den Mangel ihrer Erklärungen. Dann würde jede Partei sich korrekt ihrem Willen entsprechend ausdrücken, und die Nichtübereinstimmung ihrer Absichten klar zu Tage treten. Wenn aber damit schon feststeht, dass zwischen den Kontrahenten kein Vertrag zu Stande gekommen ist, so ist ersichtlich, dass der hin-

[70]) Vergl. Endemann.

[71]) Richelmann S. 7 ff; Savigny III S. 263 265; Sintenis I § 22 S. 193 und II § 98 S. 305; Puchta § 65 S. 98 A. d; Vangerow I § 83 S. 118; Brinz § 526 S. 41; Windscheid § 77 bei A. 1 S. 337; Hölder § 45 S 241; ders. Krit. Vierl. Schrift 14 S. 570; Regelsberger S. 510 511; Wendt § 45 S. 113; Zitelmann J.&R. S. 421, 424; Werthauer § 25 S. 35 36; Leonhard BGB. S. 427,475; Plank v. § 116 S. 166; St.A. 2, 273; 7, 19; 16, 34.

[72]) Savigny III S. 263, Anmerkung.

zukommende Irrthum auf diesen Erfolg ohne Einfluss ist. — Bei „Irrthum" wie bei „Dissens" hat die falsche Meinung gleichermassen nur die Bedeutung, dass sie die Erkenntnis der wahren Sachlage verhindert und die Parteien in irriger Weise annehmen lässt, sie befänden sich durchaus im Konsense.[73] Hätten A und B gewusst, dass ihre Absichten auseinandergingen, so hätten sie nie an das Trugbild eines Vertrages geglaubt und vielleicht manche Mühe, die sie auf dasselbe hin auf sich genommen haben, gespart. — Beidemale spielt somit der Irrthum die gleiche eigenartige Rolle einer Nebenfigur, die nach Savigny[74] die Bezeichnung „unechter Irrthum" gefunden hat.

Weit mehr noch, als alles bis jetzt Angeführte, hat der Umstand zur Verwechslung verleitet, dass sowohl beim versteckten Dissense, wie in dem Falle, dass Erklärung und Wille bei einer Partei divergieren, gleicherweise der Wille der Parteien nicht übereinstimmt, beidemale kein consensus sondern ein dissensus vorhanden ist. Wenn zwar die Erklärungen von A und B im Inhalte harmonieren, einer der beiden diesen Inhalt jedoch nicht will, dann besteht ebenso gut eine Willensdifferenz, wie wenn zwei gewollte Erklärungsinhalte auseinandergehen.[74a]

Alle diese Gründe haben es veranlasst,[75] dass in den Quellen sowohl, wie in der Wissenschaft von der ältesten Zeit bis in

[73]) Zittelmann J.&R. S. 420: ders. R.i.E. S. 39; Regelsberger § 139 S. 511; Wendt a. a. O. — Kann man bei logischer Strenge wirklich sagen, der Irrthum sei Ursache des Dissenses? Verneinend Zittelmann J.&R. S. 421. Gegen ihn mit Recht Brinz § 526 A. 20 S. 41. Die Frage ist am Ende ohne praktischen Werth.

[74]) Savigny III S. 264, Beilage 8 No. 34.

[74a]) Hölders Krit. Viert. Schrift 14 S. 570; Zittelmann R.i.E. S. 135; Crome § 94 A. 9.

[75]) Vergl. noch Zittelmann J.&R. S. 422.

unsere Tage hinein, kein Unterschied zwischen „Dissens“ und „Irrthum“ gemacht ist.

Solange man nun beim „Irrthum“ schlechthin Nichtigkeit annahm, keine Entschuldbarkeit verlangte, kein Recht auf Schadensersatz zubilligte, war mit dieser Vereinigung kein grosser Schaden angerichtet. Die falschen Konsequenzen treten erst mit dem Eindringen neuerer Ideen ein.

Man bemerkte jedoch frühzeitig einen Unterschied zwischen den beiden Arten von Fällen. Man wies darauf hin,[76] dass manchmal nur ein Kontrahent in einem Irrthum befangen sei, in anderen Fällen beide Kontrahenten, indem jeder über die Absicht des anderen irre. Hiernach schied man die Irrthumsfälle in Fälle „einseitigen“ und Fälle „zweiseitigen“ Irrtums,[77] was unserer Trennung zwischen Irrthum und Dissens etwa entsprechen würde. Ferner wurde darauf aufmerksam gemacht, dass man in den heute als Dissens bezeichneten Fällen korrekter Weise garnicht von Irrthum reden könne und nur dann eine Differenz zwischen Wille und Erklärung erhalte, wenn man künstlich die beiden Parteien und somit auch ihre Erklärungen als ein einheitliches Ganze zusammenfasse.[78]

Trotz dieser richtigen Anfänge kam man nicht zum Ziele, weil man von einem falschen Punkte den Ausgang nahm. Solange man nur untersuchte, ob der Wille der Parteien gehörig übereinstimme, konnte man nie zur rechten Scheidung gelangen,

[76]) Glück IV §§ 297 und 299; Richelmann S. 8; Savigny III S. 265 A. h; Simonis I § 22 S. 193 und II § 98 A. 13 S. 305; Seuffert § 262 S. 76.

[77]) Man verstand unter dieser Bezeichnung aber auch die Eintheilung in Fälle, in denen beiden Parteien der Fehler entgangen ist, und Fälle, in denen die eine ihn kennt, wo also ein Betrug vorliegt. Richelmann S. 9.

[78]) Savigny III S. 266 K. g; Erinz § 526 S. 40.

weil eben, wie gesagt, ein Dissens in diesem Sinne sowohl hier wie dort, vorliegt. Diese Lösung ergab sich, sowie man vom Moment „Willen" zum Moment „Erklärung" überging. Ein Vergleichen allein der Erklärungen nutzte freilich auch nichts, da man dabei schliesslich in beiden Fällen Übereinstimmung finden kann. Der richtige Weg ergab sich, wie so oft, auch hier in der Kombination beider Methoden. Wenn man sowohl darauf achtet, ob die äusseren Erklärungen der Parteien übereinstimmen, als auch das Verhältnis jeder Erklärung zu dem inneren Willen ihres Urhebers prüft, so wird man finden, dass in einer Gruppe von Fällen die Erklärungsinhalte durchaus harmonieren, der Fehler aber darin liegt, dass bei der einen oder der anderen Erklärung der Wille ihres Urhebers von der Erklärung abweicht, in einer anderen Gruppe von Fällen hingegen auf beiden Seiten Wille und Erklärung im Einklang sind, der Mangel jedoch darin besteht, dass die Erklärungen nicht oder wegen Zweideutigkeit nur scheinbar übereinstimmen.

Auf diese Weise ergiebt sich die Scheidung, die von der neueren Wissenschaft aufgestellt ist, und die in ihren Konsequenzen zu durchaus brauchbaren Resultaten führt.[79] Auch in der Bezeichnung der Fälle möge dieselbe deutlich zum Ausdruck gelangen! Wenn auch zweifellos beidemale ein Irrthum wie ein Dissens vorliegt, so möge man doch den Umfang dieser Ausdrücke, wie es ja oft in der Wissenschaft erforderlich ist, im

---

[79]) In verschiedenem Umfange durchgeführt, findet sich die Scheidung z. B. bei: Glück IV § 297 299; Richelmann § 25fg § 30fg; Savigny III S. 265; Sintenis II 98 S. 305; Exner S. 262 266; Windscheid §§ 76 77; Wächter II § 186 Beilage I II; Seuffert § 262 S. 76, ferner §§ 263 264; Regelsberger § 139 S. 510; Zitelmann J.&R. S. 420, 425.

technischen Sinne einschränken. Entsprechend dem jeweiligen Kardinalfehler möge man die Bezeichnung „Irrthum" nur für die erste Gruppe von Fällen, die Bezeichnung „Dissens" nur für die zweite Serie gebrauchen. Auf diese Weise würden Verwechselungen leichter vermieden werden.

Möglich bleibt bei dieser Scheidung der Fall, dass beide Fehler zusammentreffen, dass also die Parteien sich zwar einig glauben, dass jedoch erstens die Erklärungen nicht oder nur scheinbar harmonieren und dazu zweitens noch auf einer oder gar beiden Seiten Wille und Erklärung sich nicht decken, dass also sozusagen 3 oder gar 4 Lesarten entstehen.[80] Aus Gründen, die sich noch ergeben werden, sind dann nur die Regeln über den „Dissens" anzuwenden.

III. Im Rechte des BGB. finden die oben aufgestellten Regeln über die Trennung von „Dissens" und „Irrthum" ihre Bestätigung.[81] Der Wortlaut des den „Dissens" regelnden § 155 (S. 30) lässt dies zwar nicht erkennen. Auch die Motive stehen auf anderem Standpunkte.[82] Indem sie von der Divergenz des Willens ausgehen, sagen sie: „Möglich ist, dass die Willenserklärungen der Vertragschliessenden zwar übereinstimmen, aber auf Seiten eines der Vertragschliessenden Wille und Erklärung

[80]) Die Fälle, in denen durch diese Kombination thatsächlich Willensübereinstimmung herrscht, gehören nicht hierher. Vergl. Anmerkung 45.

[81]) Crome I § 94 S. 420; Dernburg BGB. I § 144 S. 431; Endemann I § 70 A. 18 S. 340; § 70 Ziff. 5; Enneccerus I § 77 S. 179; Gareis zu § 119 A. 5; Hölder BGB. A. 2 zu § 145; Kipp bei Windscheid I S. 341; Leonhard BGB. S. 507, 509; ders. in Eck's Vorträgen § 34 S. 170 A. 2; Matthiass I § 52 S. 216; Neumann zu § 155; Plank vor § 116 II S. 116; Schwarz S. 15; Szolny & Caro zu § 155; Riedel § 82 S. 572; Zitelmann R.i.E. S. 37; ders. BGB. S. 112, 113; Szolny S. 142/184.

[82]) Motive I S. 202.

sich nicht decken, die Erklärung deshalb nichtig ist, und demgemäss kein Konsens besteht. Denkbar ist aber auch, dass Wille und Erklärung auf Seiten eines jeden der Vertragschliessenden übereinstimmen, die beiderseitigen Willenserklärungen aber in Folge eines Missverständnisses sich nicht decken, ohne dass die Vertragschliessenden sich dessen bewusst werden. (Dissens im engeren Sinne.) Beide Fälle werden angemessen derselben Rechtsregel unterstellt." Bedeutsamer ist, dass auch in der Wissenschaft der Fall der Divergenz zwischen Wille und Erklärung dem § 155 unterstellt wird.[83] Man gerät jedoch damit in eine unlösliche Verwirrung.[84] Es ergiebt sich dann die Sachlage, dass im Falle eines Irrthums bei einem Vertrage nach § 119 die irrende Partei ihre den Konsens aussprechende Willenserklärung nur durch das Mittel der Anfechtung wieder beseitigen kann, dass aber eventuell gemäss § 155 diese immer an erschwerende Voraussetzungen geknüpfte Anfechtung garnicht erforderlich ist, weil gar kein Vertrag entstanden ist. Wollte man so lehren, dann wäre, wie Leonhard[85] sagt, der § 119 „ein Schlag ins Wassers", da der Irrthum gerade bei Verträgen am häufigsten vorkommen wird. Das BGB. will im Gegenteil gegenüber einseitiger Betonung des Willensmomentes der Erklärung eine grössere Bedeutung beilegen. Wenn einmal eine Erklärung in die Welt gesetzt ist, soll sie in dem Sinne gelten, den jederman aus ihr herausliest, und wenn hiernach Konsens besteht, gilt der Vertrag. Und wenn hierbei auf einer Seite ein Irrthum vorgefallen ist, so bleibt er zu Gunsten des

[83]) Kaufmann A. 4 zu § 155; Plank zu § 155; Rehbein S. 225. Riedel § 2 S. 342; § 82 S. 574 Anm.; Das Recht, Band V S. 461. (Meyer).

[84]) Vergl. ähnlich Zitelmann RiE. S. 36.

[85]) Leonhard BGB. S. 507. —

Gegners völlig unbeachtet, wenn nicht rechtzeitig eine Anfechtung der Erklärung und damit ihre Vernichtung und die Vernichtung des ganzen Vertrags erfolgt. Wenn aber schon die Erklärungen nicht übereinstimmen, dann können sie solange bestehen bleiben, wie sie wollen, einen Vertrag können sie jedoch nie in's Leben rufen.[86] Es ist unter Umständen ein grosser Unterschied, ob nie ein Vertrag entstanden ist, oder ob ein Vertrag erst durch eine Anfechtung nichtig wird.

2. Der versteckte Dissens in wesentlichen Punkten.

§ 8. Allgemeines.

Nachdem nunmehr die leitenden Prinzipien aufgestellt sind, gilt es jetzt, die einzelnen möglichen Fälle näher ins Auge zu fassen. Da, wie gesagt, in Wissenschaft und Praxis, vor allem aber in den Quellen, der Dissens dem Irrthum eingereiht ist, so ist das Material für die Untersuchungen kein reinliches. Die einzelnen Beispiele, Urtheile etc. sind vielfach in allgemeinem, beide Materien umfassenden Tone gehalten; das anzuführende Material passt daher oft hier so gut wie dort. Andererseits fehlt es nicht selten an passenden Beispielen für den Dissens, da die Quellen etc. in erster Linie immer nur den Irrthum im Auge haben. Man kann jedoch unbedenklich in solchen Fällen hier und da auf Irrthumsmaterial analog hinweisen.

Als Prinzip war oben der Satz gefunden, dass bei verstecktem Dissense ein Vertrag nicht entsteht. Wie beim offenen Dissense, müssen hiervon Ausnahmen gemacht werden und noch

[86]) Daher die Entscheidung auf S. 38.

in viel höherem Masse. Beim offenen Dissense haben die Parteien ihr letztes Wort gesprochen, es ist beiden durchaus klar, dass eine Einigkeit unmöglich ist. Hier hätten die Parteien vielleicht weiter verhandelt, hätten vielleicht bei richtiger Kenntnis der Sachlage gerne etwas nachgegeben etc. und das Zustandekommen des Vertrages erreicht. Es wäre ungerecht, wenn man einfach die Regeln über den offenen Dissens hierher übertragen wollte.[87] Auch hier gilt der Satz, dass durch den Dissens immer nur soviel aus dem Konsens ausscheidet, als von ihm getroffen wird, auch hier muss das Verhältnis dieser ausscheidenden Punkte zum Reste betrachtet, und geprüft werden, welches Interesse die Parteien an den einzelnen Vertragsabmachungen haben.

Wie beim offenen Dissense, scheidet man auch hier die verschiedenen Vertragspunkte in wesentliche und unwesentliche und spricht entsprechend von dissensus essentialis und dissensus concomitans[88]. Im ersten Falle hängt der betreffende Punkt zu innig mit dem Ganzen zusammen, die offen bleibende Lücke ist zu gross, als dass trotzdem ein Vertrag entstehen kann. Über einen unwesentlichen Punkt hingegen können die Parteien sich hinwegsetzen und eine anderweitige Regelung zulassen; er hindert den Konsens im Ganzen nicht.

---

[87]) Zitelmann R.i.E. S. 37; Crome I § 90 S. 406; Staub zu § 361 A 76 S. 1147; Denkschrift S. 25.

[88]) Glück IV § 297 S. 147; Savigny III S. 268; Mühlenbruch II § 338 S. 254; Vangerow III § 604 S. 261; Thibaut I § 373 S. 318; Arndts § 237 S. 474; Seuffert § 262 A 3 S. 76; Brinz § 526 A 25 S. 42; Windscheid I § 76 S. 331 und A 9; Dernburg I § 102 S. 235; Hölder § 45 S. 233, 237; ders. Krit. Viert. Schrift 14 S. 570; Regelsberger § 142 S. 521; Wendt § 45 S. 113; Richelmann § 5; Exner S. 267; Zitelmann J.&R. S. 491; Werthauer § 40 S. 55; Ryck S. 138/139; Crome I § 90 S. 406; St.A. 2, 273.

Was aber ist ein wesentlicher, was ein unwesentlicher Punkt? Beim offenen Dissense kann man sich an die Dreitheilung essentialia, naturalia, accidentalia halten. Hier wird dieselbe ihren Dienst versagen, wir werden finden, dass z. B. selbst versteckter Dissens in gesetzlichen Hauptpunkten unter Umständen unwesentlich sein kann. Man muss hier einen anderen Weg einschlagen.

In älterer Zeit suchte man dadurch zum Ziele zu gelangen, dass man objektiv die einzelnen Punkte anführte. Wesentlich sei, sagte man, wie error, so dissensus in negotio, in corpore, in persona und in qualitate.[89] Dies Schema soll auch hier zunächst befolgt werden, es soll jedoch gleich bemerkt werden, dass es sich längst als unzureichend herausgestellt hat. Eine eingehende Besprechung an der Hand jenes Schemas wird am besten seine Fehler erkennen lassen und am sichersten zu einer besseren Lösung der Frage führen. Sie ist auch deshalb erforderlich, weil eine Casuistik gerade heute für die Handhabung des § 155 BGB. von Werth ist.

§ 9. dissensus in negotio[90].

Ein Dissens in der Art des Geschäftes wird ein recht häufiger Fall sein.

---

[89]) Glück IV § 297 S. 152, 147, 158; Savigny III S. 269, 272, 269 §§ 137/138; Sintenis I § 22 S. 193 β, 194 ζ, 193 γ, 194 ε; Mühlenbruch II § 338 S. 254, 255, 254, 255; Dangerow III § 604 S. 261, 261, 271, 264; Thibaut I § 373 S. 318; Arndts §§ 238, 238, 239, 239 S. 475 476; Wächter II § 186 Beilage S. 370, 370 371, 373, 371; Puchta § 65 S. 98, 100; Baron § 50 S. 81; Brinz S. 42; Windscheid § 77 bei A. 2 S. 337 mit § 76 u. 76a; Dernburg I § 202 S. 236; Hölder Krit. Vierl. Schrift S. 571, 572, 574; Richelmann S. 13; §§ 32 fg, 13 fg, 8 fg, 10; Leonhardt J. S. 466/472, 424 fg, 398 fg, 436; Werthauer §§ 42, 46, 48, 49; Ryck S. 144, 147, 145, 147.

Es bittet z. B. jemand seinen Freund, ihm eins seiner Bücher mitzugeben. Jener überlässt es ihm bereitwilligst ohne eine nähere Bemerkung. Der Freund wollte das Buch nur verleihen, der andere glaubte es geschenkt zu erhalten. Bei derartigem Dissense bleibt überhaupt kein Konsens übrig, man hat nicht einmal die abstrakten Merkmale, das genus des zu schliessenden Vertrages, geschaffen; es ist ein Dissens in der Totalität des Rechtsgeschäftes vorhanden.[91] Demgemäss kann hier durchweg kein Vertrag entstehen.

Aus den Quellen vergleiche man:

l. 18 D. de R.C. 12,1 (Ulpianus): „si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse . . . . . § 1. si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: . . . .“

l. 9. pr. D. de contr. emt. 18,1. (Ulpianus) „in venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emtione dissentient sive . . . . emtio imperfecta est.“[92]

Leonhard[93] glaubt, dass die aufgestellte Regel keine ausnahmslose sei. Er führt als Beispiel den Fall an, dass jemandem wahlweise ein Kauf- oder ein Tauschvertrag angeboten ist,

[90]) Vergl. Anm. 89 und Zitelmann R.&J. S. 528 fg.

[91]) Zitelmann J.&R. S. 491; Werthauer §41 S. 56.

[92]) Nicht zu verwenden sind die wohl auch citierten l 5 pr. D. 3,5; l 3 § 1 D 44, 7.

[93]) Verhandlungen des III. Juristentages S. 26.

und dann beim Vertragsschluss ein Dissens bezüglich dieser beiden Vertragsarten entstanden ist. Hier könne es unter Umständen den Parteien ganz gleichgültig sein, welcher Vertrag zu stande käme. Dann aber müsse der Dissens belanglos bleiben. Wenn nun auch diese Sachlage gern vorkommen mag, so muss hier doch immer nach Aufdeckung des Fehlers eine Festsetzung darüber erfolgen, welcher von beiden Verträgen nun gelten soll. Da eine als von Anfang an die Sachlage regelnd zu betrachtende Rechtsnorm in solchen Fällen nicht aufzufinden sein wird, muss es den Parteien überlassen werden, zu bestimmen, was gelten soll. Weil aber eine derartige Regelung keine rückwirkende Kraft haben kann, kann es sich hier nur immer um einen neuen, nie um einen trotz des Dissenses damals entstandenen Vertrag handeln.

Eine besondere Behandlung verlangt der Dissens über die Vertragsart in Fällen, in denen eine Eigenthumsübertragung in Frage kommt.[94] Haben hier die Parteien zwei verschiedene Verträge im Sinne, von denen nur der eine eine Eigenthumsübertragung enthält, dann bleibt es natürlich bei der allgemeinen Regel. Der oben erwähnte Fall des ohne nähere Bezeichnung vom Freunde mitgenommenen Buches ist hier ein passendes Beispiel; bei Dissens zwischen Leihe und Schenkung geht kein Eigentum über, es fehlt an dem übereinstimmenden animus dominii transferendi et acquirendi.

Anders, wenn die Parteien zwar verschiedene Rechtsgeschäfte im Auge haben, beide aber jedenfalls das Eigenthum an der fraglichen Sache übertragen wollen. Ist hier noch keine eine

[94]) Richelmann § 32 S. 120; Vangerow I § 311 A 3 S. 570; Arndts § 145 h; Zitelmann J.&R. S. 530; Exner S. 263, 284 Werthauer § 43; Ryck S. 153.

Eigenthumsübertragung enthaltende Handlung seitens der Parteien erfolgt, dann kann allerdings auch hier nicht auf sie geklagt werden, da ein gültiger obligatorischer Vertrag als Grundlage nicht entstanden ist. Haben jedoch die Parteien bereits einen entsprechenden Akt, eine Auflassung, ein Konstitut etc. etc. vorgenommen, so liegt darin ein von dem fraglichen obligatorischen Vertrage wohl zu trennender, selbständiger dinglicher Vertrag. Die Gültigkeit dieses Vertrages ist aber völlig unabhängig von jenem, denn bei der Eigenthumsübertragung ist der Grund des Überganges und Erwerbes als solcher für den Erfolg unwesentlich, da jegliche iusta causa transferendi dominii genügt. Wollte also A 100 Mk. geschenkt haben, während B sie ihm nur als Darlehen gab, so hat A trotz des Dissensens das Eigenthum an den 100 Mk. erworben, wenn auch weder ein Darlehens-, noch ein Schenkungsvertrag entstanden ist. Den Ausgleich findet jedoch die Situation in einer Condiktion des B.[95] In den Quellen ist allerdings keine einheitliche Bestätigung dieser Regel zu finden. Unsere Ansicht spricht aus:

I. 36. D. de ARD. 41, I (Iulianus) »cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.«

[95] Ausnahme: wenn der Geber schenken will. Vergl. pr. D. 12, 1; Richelmann § 33 fg; Glück IV § 297 S. 154.

Andererseits sagt Ulpian in der oben S. 43 bereits zum Theil citierten l. 18 D. 12,1. gerade das Gegentheil. Er fährt dort im pr. fort:

»et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit . . .«

Unbedenklich kann man jedoch Julians Meinung folgen; denn einerseits regelt Iulian die Frage im Zusammenhange, während Ulpian sie nur beiläufig streift, andererseits ist Inlians Lösung eine durchaus sachgemässe und logische. Man hat auch theils auf logischem, theils auf grammatischem Wege versucht, den Gegensatz zwischen den beiden Stellen hinweg zu interpretieren. Die Versuche können jedoch hier übergangen werden, da nähere Untersuchungen über diese ganze Materie in die Lehre vom Eigenthumsübergange gehören[96].

Für das Recht des BGB. sind natürlich die beiden Stellen völlig gleichgültig. Hier ist die von uns vertretene Regelung unbedingt aufrecht zu erhalten.

Auch die umgekehrte Situation kann vorkommen. Es kann der obligatorische Konsens vorhanden sein, hingegen bezüglich des dinglichen Vertrages Dissens herrschen. Zitelmann[97] führt hiertür das Beispiel an, dass Käufer und Verkäufer zwar in allen Punkten des Kaufvertrages einig geworden sind, der Käufer die Ware gleich mitnehmen zu können glaubt, der Verkäufer sich das Eigenthum derselben bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten will. Auch hier sind der obligatorische und der

[96]) Vergl. Richelmann § 23 A 214 S. 121; Sintenis I § 49 A S. 492; Vangerow I § 311 A 3 S. 573; Windscheid I § 172 A 5 S. 786; Zitelmann J.&R. S. 498.

[97]) Zitelmann J.&R. S. 534.

dingliche Vertrag von einander unabhängig. Das Nichtzustandekommen des letzteren schadet der Gültigkeit des ersteren nicht.

Exner[98] regt noch die Frage an, ob nicht in dem Falle, dass eine Partei Eigenthum übertragen, die andere nur ein ius in re aliena begründen will, jedenfalls letzteres entstanden sei, weil im Eigenthum als dem umfassendsten dinglichen Rechte auch der Inhalt des ius in re aliena enthalten sei. Man wird diese etwas theoretische Frage verneinen können; denn einerseits ist das Eigenthum nicht eine Summe von einzelnen iura in re aliena in dem Sinne, wie in Fällen, in denen es sich um Quantitäten fungibeler Sachen handelt, die Summe sich aus den in beliebigem Masse addierbaren Summanden zusammensetzt, andererseits würde auch eine Bejahung der Frage den praktischen Interessen der Parteien wohl kaum entsprechen.

§ 10. dissensus in corpore.[99]

I. Dissens über das Objekt, das corpus des Vertrages, kann sehr verschiedene Gestaltung annehmen. Er kann den Gegenstand im Ganzen treffen, kann, sofern es sich um ein Vielfaches desselben Vertragsgegenstandes handelt, Differenzen bezüglich der Quantität entstehen lassen, kann endlich sich nur auf Theile des Objektes erstrecken. Der Gegenstand wieder kann eine körperliche Sache sein, kann ein Recht sein, endlich eine Handlung[100] oder Unterlassung einer Partei. Auch den Fall kann man hierher

[98]) Exner S. 263.

[99]) Vergl. Anmerkung 89 und ausserdem Zitelmann J.&R. S. 588; Affolter S. 289; Goldschmidt § 62 A 5 S. 547.

[100]) Richelmann § 31; Zitelmann J.&R. S. 493; Hölder Krit. Viert. Schrift B. 14 S. 572; anders Sintenis I § 22 A 30 S. 194.

ziehen, dass über dritte Personen[101], z. B. die Person des Bürgen oder des Hauptschuldners, Dissens herrscht. Da eine erschöpfende Aufzählung aller möglichen Fälle weder denkbar noch für die vorliegenden Zwecke erforderlich ist, so mag es genügen, im folgenden in erster Linie den Dissens über körperliche Sachen ins Auge zu fassen.

Dissens über körperliche Sachen wird am leichtesten entstehen, wenn die Parteien in absentia verhandeln[102], oder zwar beide zur Stelle sind, jedoch in absentia von dem fraglichen Gegenstande sich befinden. Sofern es sich jedoch um mehrere verschiedene Sachen, um Quantitäten vertretbarer Sachen oder um Theile derselben Sache handelt, ist dissensus in corpore auch in dem Falle denkbar, dass das Vertragsobjekt den anwesenden Parteien vorliegt.

II. Beim Dissens über die Sache im Ganzen ist zu beachten, dass es verschiedene Sachen giebt, vertretbare und unvertretbare.

Haben die Parteien jeder eine andere Sache derselben Gattung im Auge gehabt, A die Aktie 4, B die Aktie 117, so wird man diesem Dissense keinerlei Bedeutung beimessen können; eine fungibele Sache ersetzt ja im Verkehre völlig die andere, sodass den Interessen der Partaien mit jeder gleich gut gedient ist.

Anders mit unvertretbaren Sachen, Gemälden, Pferden etc.[103] Hier spielt die Individualität des betreffenden Objektes die ausschlaggebende Rolle, hier kann bei Dissens ein Vertrag nicht entstehen. So die Quellenstellen:

[101]) Richelmann § 14 S. 48; St. A. 4, 225; 7, 19.
[102]) So Exner S. 265.
[103]) Richelmann § 14.

l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1. [Ulpianus]

„ . . . . . si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiamus, apparet nullam esse emtionem."

l. 137 § 1 D. de. V. O. 45. 1 [Venuleius]

„si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur."

l. 83 § 1. eodem. § 23. I. 3. 19.

Das gleiche Resultat muss man bei Gattungssachen annehmen, wenn der Dissens sich auf die Gattung selbst bezieht.[104] Ein Missverständniss darüber, ob 100 Sack Roggen oder Weizen zu liefern sind, verhindert den Geschäftsabschluss; denn hier kommt die Gattung nicht als solche in Betracht, sondern ist dem corpus gleichzuachten. Auch der Dissens ist wesentlich, der einen Widerstreit zwischen genus und species hervorruft. Differenzen innerhalb derselben Gattung endlich bestehen beim

III) Quantitätendissens.[105] Hierbei ist zu beachten, dass bei zwei verschieden grossen Summen in der grösseren allemal auch die kleinere enthalten und in soweit jedenfalls

[104]) Vangerow a. a. O. S. 262; Savigny a. o. O. S. 274; ROHG. 11 S. 172.

[105]) Richelmann § 26; Glück 16 § 973 S. 17; Savigny III S. 274; Sintenis I § 22 S. 194; Vangerow III § 604 S. 262, 269; Wächter II § 186 S. 371; Zitelmann J.&R. S. 605; Dernburg I § 102 S. 238; Regelsberger § 142 S. 523; Ryk S. 150; Rehbein S. 225; Crome § 94 S. 426; Goldschmidt II § 63 S. 571.

Konsens vorhanden ist. in eo quod plus sit, semper inest et minus[106]. Es fragt sich nur, wieweit hiermit den Interessen der Parteien gedient ist. Man kann hier folgende Prinzien aufstellen:

Bei einseitig verpflichtenden Verträgen, z. B. einem Schenkungsvertrage, verhindert der Dissens regelmässig das Zustandekommen des Vertrages nicht. Der Vertrag gilt vielmehr unter Einsetzung der kleineren Summe. Vergleiche:

l. 1 § 4 D. de. V. O. 45. 1. [Ulpianus]

„si stipulanti mihi „decem" tu „viginti" respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me, „viginti" interrogante tu „decem" respondeas, obligationisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse."

und l. 83 § 3 D 45. 1.[107]

Bei gegenseitigen Verträgen muss man darauf achten, welcher Kontrahent die grössere Summe im Auge hat. Will die die Leistung versprechende Partei nur zu der kleineren Quantität sich verpflichten, so bietet sie ihren Gegner für dessen Leistung ein zu geringes Äquivalent: es entsteht kein Vertrag.[108] Will sie hingegen die grössere Summe leisten, so will sie ja noch mehr tun, als von ihr verlangt wird: der Vertrag ist mit der kleineren Summe gültig.[109]

Aus den Quellen siehe:

l. 52 D. loc. 19, 2. [Pomponius]

---

[106]) Vergl. l. 110, l. 21, l. 113 D. 50, 17.

[107]) Anders § 5 J. III 19. Dort ist jedoch die Frage nur gestreift.

[108]) Nur in diesem Falle stimmt das in pretio der l 9 pr. de contr. emt.; vergl. Richelmann S. 100; Zitelmann J.&R. S. 605.

[109]) Sf.A. 16, 34; 17, 22; ROHG. 3, 50: RG. 6, 28.

„si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi."

In Fällen jedoch, in denen der Umfang der Leistung und der der Gegenleistung von einander abhängen, kann ein Vertrag nie zu stande kommen.[110] Wenn z. B. der Preis einer Roggenlieferung nach Centnern berechnet werden soll, so kann, auch wenn ich die grössere Anzahl Centner Roggen liefern will, der Teilkonsens nichts nützen, da mit der kleineren Lieferung auch der Preis kleiner wird, und niemand mir zumuten kann, ein kleineres Geschäft zu machen, als ich wollte.

Mathematische Strenge lässt sich aber bei allen diesen Sätzen nicht anwenden.[111] In dem eben erwähnten Falle z. B. kann den Parteien ebenso gut auch der Abschluss des kleineren Geschäftes recht sein. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen, bei denen oben der Dissens für unschädlich erklärt wurde, kann es der empfangenden Partei lediglich um die grössere Summe zu thun sein, weil sie wohl ein regelrechtes Geschenk annehmen, nicht jedoch ein Almosen sich aufzwängen lassen will. Bei gegenseitigen Verträgen endlich will z. B. eine Partei wohl eine den Umständen nach angemessene Gegenleistung annehmen, der Vertrag mit der kleineren Summe würde ihr jedoch als eine übermässige Bereicherung auf Kosten des Gegners erscheinen, die ihr gegen die Ehre geht. Die Umstände des einzelnen Falles müssen zu dieser oder jener Entscheidung führen.

IV). Betrifft der Dissens nur Theile des Vertragsobjektes

---

[110]) Goldschmidt II § 63 S. 571.

[111]) Zitelmann J.&R. S. 606. Daselbst auch weitere Beispiele.

oder dessen Zubehör so wird er in der Regel gleichgültig bleiben, weil es sich eben nur um Nebensachen handelt.[112]

l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. [Paulus]

„si in emtione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellégatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat.“ . . . .

In vielen Fällen spielen jedoch die Theile und Accessionen eine grosse Rolle im Rahmen des ganzen Objektes. Einmal kann der fragliche Punkt einen grossen Theil des Werthes darstellen, andererseits können auch subjektive Interessen mitsprechen. Manches grosse Objekt wird nur deshalb gekauft, weil an irgend einem kleinen Theile der Käufer ein besonderes Liebhaberinteresse hat. plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur. [D. loc. cit.] Da bei Verträgen der Parteiwille das ausschlaggebende Moment ist, so wird man in solchen Fällen den Dissens nicht für unbedeutend erklären können.

V). Zum Schluss noch wenige Worte über die Eigenthumsübertragung.[113] Die entwickelten Regeln finden auch hier entsprechende Anwendung. Bei Dissens über das zu tradierende Objekt im Ganzen geht kein Eigentum über.

l. 34 pr D. de A. v. A. P. 41. 2. [Ulpianus]

„si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum

[112]) Glück IV § 297 S. 160; Sintenis II § 98 S. 308; Vangerow III § 604 S. 261; Regelsberger Vorverhandlungen § 16 S. 91; Wächter II S. 370; Sf.A. 2, 273; 22, 214.

[113]) Mühlenbruch II § 338 S. 254; Vangerow I § 311 A. 3 S. 570; III § 604 S. 261; Exner S. 265, 270; Zitelmann J.&R. S. 591, 610; RG. Strafsachen 3, 50.

missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus." . . . .

und l. 2 § 6 D. pro emt. 41. 4 [Paulus]:

„cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est, Priscus ait usu me eum non capturun, quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest . . . . ."

lassen einen entsprechenden Rückschluss zu.

Bei der Tradition von Quantitäten[113a] vertretbarer Sachen sind die Regeln über einseitige Rechtsgeschäfte analog heranzuziehen, die kleinere Summe ist gültig übertragen. Zitelmann will allerdings den Satz nur zugeben, sofern es sich de facto um eine Reihe selbständiger Traditionen, nicht um eine einheitliche Gesamttradition handelt. Allerdings kann man nur im ersten Falle bestimmen, welche Sachen tradiert sind. Da aber vertrebare Sachen eben unter einander gleich sind, so muss es gleichgültig bleiben, welche von denselben der Empfänger resp. Geber nachher für übertragen erklärt. Man kann daher mit Exner die obige Regel allgemein aufstellen.

Dissens über Nebensachen bleibt belanglos.

§ 11. dissensus in persona.

Dissens über die Person des Gegenkontrahenten wird seltener sein als der analoge Fall des Irrtums über den Gegenkontrahenten. Unter anwesenden Parteien wird sich wohl kaum ein passendes Beispiel finden. Wohl aber kann inter absentes der Fall eintreten, dass jeder Kontrahent eine seinem Willen entsprechende Erklärung abgegeben und doch nicht den Urheber

[113a]) Exner S. 266, 271; Zitelmann S. 610.

der Gegenerklärung als Gegenkontrahenten im Auge gehabt hat. Man denke nur an falsche Briefbestellung, falsche Telephonverbindung etc.[114] A erhält telephonisch eine Offerte von einem B, vermutet unter B den B^1, während es de facto B^2 ist, und erklärt ihm die Annahme der Offerte. Jener bezieht die Annahme auf sich, während sie in Wirklichkeit auf B^2 gemünzt ist. Auch dann kann dissensus in persona eintreten, wenn man mit einem Vertreter unterhandelt, und unter dem vertretenen Meyer verschiedene Personen verstanden werden.

Die Person des Gegenkontrahenten, der Träger der eventuellen Rechte und Verbindlichkeiten ist ein wesentliches Stück des zu schliessenden Vertrages, ein Dissens über seine Person lässt in der Regel keinen Vertrag entstehen.[115] Aus den Quellen siehe:

l. 32 D. de R. C. 12. 1. [Celsus]:

„si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti . . .“

ferner l. 37. § 6. D. 41. 1.

Von der Regel der Nichtigkeit wird[115a] man aber Ausnahmen aufstellen müssen, die Logik wird den Parteien in

---

[114]) Crome I § 94 A. 21 S. 424.

[115]) Glück IV § 297 S. 158; Richelmann S. 25; Mühlenbruch II § 338 S. 254; Savigny III S. 269 u. 445; Sintenis I § 22 S. 193; Vangerow III § 604 S. 271; Arndts S. 476; Hölder Krit. Viert. Schrift 14 S. 572; Dernburg I § 102 S. 236; Sf.A. 5 271.

[115a]) Manche drehen das Verhältniss von Regel und Ausnahme gerade um. — So die ältere Literatur, bei Richelmann S. 25 angegeben; Brinz § 528 S. 56; Werthauer § 48; Hölder § 45 S. 237; Sf.A. 49, 82; ALR. I. 4 § 76; code civil a. 1110. — Diese Umkehrung ist unlogisch, der Gegenkontrahent ist doch an und für sich ein Essentiale jeden Vertrages.

vielen Fällen sehr gleichgültig sein. Es werden unzählige Verträge geschlossen, in denen die versprochene Leistung durchaus als eine vertretbare anzusehen ist.[116] Oft kann die übernommene Verpflichtung durch viele andere Personen genau so gut erfüllt werden, wie durch den bestimmten Kontrahenten, nicht selten ist sie von seiner Persönlichkeit überhaupt völlig unabhängig. In solchen Fällen liegt der Schwerpunkt des Vertrages einzig auf der Leistung, die Person des Gegenkontrahenten tritt in den Hintergrund, ein Dissens über dieselbe ist bedeutungslos, der Vertrag gilt unter den wahren Parteien.[117] Die Grenzen sind naturgemäss recht flüssige, im allgemeinen kommt es, wie gesagt, auf den Einfluss, den Geschicklichkeit, Ruf, Kredit der Persönlichkeit und ihre sonstigen Eigenschaften auf die Leistung haben, an.[118] Die Entscheidung bleibt quaestio facti.

Allen diesen Regeln zum Trotz kann es vorkommen, dass jemand einen Vertrag mit einer ganz vertretbaren Leistung nur deshalb schliesst, um seinem Gegner einen Verdienst zuzuwenden. Niemand wird ihn hier zwingen können mit einer anderen Person einen Vertrag zu schliessen. Ebenso wird man unentgeltliche Verträge durchweg nur mit einer bestimmten Gegenpartei abschliessen wollen. Also auch hier keine zuverlässigen Regeln!

§ 12. dissensus in qualitate.[119]

Unter den analogen Kategorien des error essentialis findet sich als vierter Punkt die Eigenschaft. Und zwar sollen Eigenschaften bedeutsam sein sowohl bei Personen wie bei Sachen,

[116]) Richelmann S. 25; Savigny S. 272; Sintenis a. a. O.

[117]) Vergl. Sf.A. 11, 220; 27, 215; RG. 17, 18.

[118]) Vergl. l. 52 § 21 u. l. 66 § 4 D. 47, 2.

[119]) Siehe Anmerkung 89 und ausserdem Windscheid I § 76 a S. 337; Affolter S. 294; Goldschmidt § 62 A. 6 S. 546.

beidemal jedoch als eine billige Ausnahme von der entgegengesetzten Regel. Auch in der Lehre vom Dissense muss die Eigenschaft als wesentlicher Punkt angeführt werden. Während aber error in qualitate leicht vorkommen kann, wird man dissensus in qualitate nur selten antreffen.

Eigenschaften der Person können wohl am allerwenigsten Gegenstand eines Dissenses werden, unmöglich ist dies aber nicht. Der zweideutige Ausdruk »Maler« z. B. kann, als Eigenschaftsbezeichnung verwandt, zu Missverständnissen Anlass geben. Im einzelnen Falle kann der Dissens die Fähigkeit der Person, gültig zu kontrahieren, Eigenschaften derselben, die die Vertragsleistung wesentlich beeinflussen, und sonstige, gewöhnlich zum Vertrage erforderlichen Eigenschaften, z. B. die Zahlungsfähigkeit, betreffen. Ausschlaggebend für die Bedeutung derartigen Dissenses ist die Beziehung, die der betroffene Punkt zu der versprochenen Vertragsleistung hat. Wegen der Ähnlichkeit der Sachlage mit der beim Dissens über die Person im Ganzen kann einfach auf das dort Bemerkte verwiesen werden.[120] Dissens über die Eigenschaften der Person bei der Tradition bleibt in Folge der abstrakten Natur jenes Rechtsgeschäftes jedenfalls gleichgültig.[121]

Ein Missverständniss über Eigenschaften der Sache wird zwar auch ein seltener Fall sein, immerhin jedoch häufiger vorkommen, als Dissens über Eigenschaften der Person. Das oben S. 24 angeführte Beispiel von Crome von der »goldenen« resp. »verdoldeten« Schale kann hier passend citiert werden. Auch auf Grund mehrdeutiger Eigenschaftsbezeichnungen kann Dissens entstehen. Ein solcher Fall läge vor, wenn jemand einen be-

[120]) Vergl. St.A. 18, 224; RG. 12, 22. — St.A. 2, 20; 16, 36; 38, 101; 44, 172; ROHG. 7, 1. — Soergel 01,02 zu § 119 unter h, 02 unter 6 8; Mugdan-Falkmann 3 S. 39; 4 S. 9; Das Recht Bd. 6 S. 506.

[121]) Exner S. 281.

stimmten Karton Wollgarn, ein bestimmtes Paket Schrotpatronen unter der Bezeichnung No. 3 angeboten erhält und es in dem Glauben, es handele sich um die ihm geläufige Numerierung, acceptiert, während der Verkäufer eine der sonst noch üblichen im Auge hatte. Auch Differenzen über die Grösse des Gegenstandes werden bei zahlenmässiger Bestimmung derselben leicht möglich sein[122], z. B. Missverständniss darüber, ob der fragliche Acker 10 oder 20 Morgen misst.

Die Frage, wann eine Eigenschaft der Sache wesentlich ist, hat in der Irrthumslehre eine umfangreiche Litteratur hervorgerufen. Der Zweck dieser Kasuistik sowie der Umstand, dass das überdies keineswegs systematische Quellenmaterial nur Irrthumsfälle behandelt, erübrigen es jedoch auf die daselbst aufgestellten zahlreichen Einzelfragen einzugehen, es mag genügen die Formel, die sich allmählich in der Wissenschaft entwickelt hat, hier anzugeben. Danach ist ein Irrthum über Eigenschaften der Sache wesentlich, wenn die Sache bei Vorhandensein der irrthümlich angenommenen Eigenschaft nach den im Verkehre herrschenden Begriffen zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört. Die Verschiedenheit des Stoffes ist hierzu weder erforderlich, noch allemal ausreichend. Auf den Dissens wird man jedoch diese Regel nicht übertragen können, da er, wie unten darzulegen, eine Rücksichtnahme auf die Ansichten und Interessen des Verkehres nicht erfordert. Hier kann jedes Liebhaberinteresse von Bedeutung werden, jede kleine Eigenschaft kann ausschlaggebend für jede Partei sein. — In Fällen des Dissenses über die zahlenmässig bestimmte Grösse können übrigens, allerdings mit grosser Vorsicht, die oben über den Quantitätendissens aufgestellten Regeln zur Anwendung gebracht werden.

[122]) Richelmann S. 98.

Auch beim dissensus in qualitate ist die Entscheidung also wieder quaestio facti!

§ 13. Allgemeine Formel.

Bei Besprechung der alten Vierteilung negotium, corpus, persona, qualitas[123] ergab sich, dass dieselbe keineswegs zuverlässig ist, sondern eine grosse Reihe von Ausnahmen erfordert. Andererseits wird man jene vier Punkte keineswegs als die allein wesentlichen hinstellen, sondern in ihnen nur die häufigst in Frage kommenden und wohl auch wichtigsten erblicken können.[124] Die tausend Eventualitäten des Lebens lassen sich nicht in ein kurzes Schema einzwängen, hier muss eine dehnbarere Formel gefunden werden. Der wachsende Verkehr schlägt neue Bahnen ein und verlangt für sie auch Unterstützung im Recht. Unter den obigen Punkten findet sich z. B. nichts über den Ort der Lieferung, über die Zeit, in der sie erfolgen soll, und doch sind dies bei den heutigen zahlreichen Distanzgeschäften, bei der grossen Rolle, die der Kredit im Verkehrsleben spielt, sicherlich keine unwesentlichen Punkte.[125]

Da es, wie auch die Kasuistik ergeben hat, unmöglich erscheinen muss, auf objektivem Wege alle die Punkte aufzuzählen, in denen versteckter Dissens von Bedeutung ist, so muss man auf anderem Wege zum Ziele zu gelangen suchen. Das

---

[123]) Die ausserdem in der Irrthumslehre noch aufgestellten Gruppen, wie Irrthum die über Existenz des Vertragsgegenstandes und error in dominio, sind schon in der Lehre vom Irrthum bei Verträgen bedenklich, hier jedenfalls nicht zu gebrauchen.

[124]) Windscheid I § 76 A. 9 S. 331; Zitelmann J. & R. S. 492; Leonhard J. S. 565; Regelsberger § 142 S. 523; Ryck S. 138/139.

[125]) Windscheid a. a. O.; Zitelmann J. & R. S. 493, 495; Werthauer § 43 II S. 62 — unwesentlich nach Simonis II § 98 S. 308; Seuffert § 263 S. 77.

gegebene Mittel ist, von den Absichten der Parteien den Ausgang zu nehmen. Bevor jedoch auf die subjektiv gefassten Regeln eingegangen werden kann, erscheint es erforderlich, zunächst die Sachlage beim Dissense noch einmal eingehend und zwar unter dem Gesichtspunkte eines Verschuldens der Parteien und der eventuellen Entschuldbarkeit desselben zu betrachten. Diese beiden Momente spielen nämlich in der Lehre vom Irrthum eine grosse Rolle und haben auf die dort aufgestellten Regeln einen erheblichen Einfluss ausgeübt. Mit der allgemeinen Verwechselung von Irrthum und Dissens sind auch die hier beim Irrthum gefundenen Sätze auf den Dissens übertragen worden. Es ist ersichtlich, dass vor Aufstellung einer allgemeinen Norm für den Dissens, die Bedeutung jener Momente geprüft werden muss.

Oben auf S. 34 wurde auseinandergesetzt, dass beim Missverständniss, wie beim Irrthum, der eventuelle Misserfolg lediglich auf den mangelnden Thatbestand, auf das Fehlen des erforderlichen Willens zurückzuführen sei, und dass das Missverständniss resp. der Irrthum nur die Bedeutung habe, die Entdeckung dieses Mangels zu verhindern. Mit logischer Konsequenz folgt hieraus, dass ein Verschulden der Fehler seitens einer Partei völlig gleichgiltig bleiben muss, dass man demjenigen, der den Vertrag angreifen will, nicht den Nachweis der Entschuldbarkeit seines Missverständnisses resp. Irrthums auferlegen kann. Die Logik ist aber nur Theorie und die Interessen des Verkehres können das Gegentheil von ihr verlangen. Es ist nicht zu verkennen, dass derjenige, der seinen anscheinend in schönster Ordnung befindlichen Vertrag plötzlich vom Gegner angegriffen sieht, dadurch in eine unangenehme und nachtheilige Lage versetzt wird. Er, der seinen Theil mit Sorgfalt ausgeführt hat, muss davor ge-

schützt werden, dass der Gegner seine eigenen Fehler dazu benutzt, um sich aus seiner durch dieselben Fehler geschaffenen ungünstigen Position herauszuziehen. Wenn nun auch beim Irrthum derartige Ideen als gerecht und durchführbar erscheinen, so müssen sie doch beim Dissense als falsch und unmöglich gelten, da hier die Sachlage eine ganz andere ist. Man muss sich nämlich einmal klar machen, von wem eigentlich die Entschuldbarkeit verlangt werden soll, mit anderen Worten, wer eigentlich derjenige ist, der den Vertrag angreift.

In den Fällen des Irrthums auf seiten eines Kontrahenten ist die Sachlage einfach. Hier hat der eine Kontrahent korrekt gehandelt, der andere den Fehler gemacht, letzterer ist der fragliche Kontrahent. Wie aber beim Dissens? Hier sind ja beide Parteien falscher Ansicht über die Intentionen ihres Gegners, beide haben einen Fehler gemacht. Vier Fälle sind praktisch möglich: Zwei davon scheiden aus, nämlich 1) wenn die Parteien nach Kenntniss des Dissenses zum status quo ante von selbst zurückkehren, oder 2) wenn eine Partei sich der Meinung der anderen fügt. Bedeutsam bleiben nur die übrigen Möglichkeiten, 3) wenn beide Kontrahenten den Vertrag als gültig angesehen wissen wollen, jeder aber in seinem Sinne, oder 4) wenn ein Kontrahent die Nichtigkeit des Vertrages behauptet, der andere ihn in seinem Sinne aufrecht erhalten will. Soll nun in letzterem Falle nur derjenige zurücktreten können, der an dem Dissense unschuldig ist, im Fall zu 3) derjenige durchdringen, der seinen Fehler entschuldigen kann? Gegen diese Forderung ist erstens anzuführen, dass es ja möglich wäre, dass beide Parteien für unschuldig oder beide Parteien für schuldig befunden würden, resp. dass es ein reines Spiel des Zufalls ist, welche Partei als die benachtheiligte den Vertrag für nichtig erklären will. Zweitens

kann man aber die ganze Frage aus dem einfachen Grunde beiseite lassen, weil im Falle eines Dissenses allemal die Schuld auf beiden Seiten liegt. Mag nun der Dissens seinen Ursprung darin haben, dass die Erklärung des Gegners ihrem äusseren Umfange nach nicht vollständig empfangen ist, oder mag unklare Ausdrucksweise den Anlass zum Missverständniss gegeben haben, im ersten Falle liegt, wie oben dargelegt, auf beiden Seiten eine Flüchtigkeit vor, im zweiten haben beide Parteien unklar gehandelt, beide hätten sich präziser ausdrücken können und müssen. Während also beim Irrthum ein Schutz des sorgfältigen Kontrahenten vor den Folgen der Fehler seines Gegners angebracht erscheint, kann beim Dissense niemand von seinem Gegner Rücksichten verlangen, jeder befindet sich in gleicher Lage. Im Gemeinen Recht ist das Erforderniss der Entschuldbarkeit, das bereits für den Irrthum von vielen Autoren nicht verlangt wird, auf den Dissens auch nur in der allgemeinen Vermischung von error und dissensus mitübertragen werden, im Rechte des BGB. ist dasselbe, um dies vorauszunehmen, nicht aufgestellt worden.[126]

Nunmehr kann für die Frage, wann bei verstecktem Dissense ein Punkt wesentlich, wann unwesentlich ist, eine allgemeine Formel gesucht werden. Die in der gemeinrechtlichen Wissenschaft aufgestellten Regeln können hier nur mit Vorsicht herangezogen werden, da sie durchweg einseitig den Irrthum im Auge haben, obgleich sie auch den Dissens mit umfassen wollen. Wie

---

[126]) Keine Entschuldbarkeit verlangen: Savigny III S. 264, 444; Vangerow I § 83 S. 118; Arndts § 239, S 477; Brinz § 526 S. 43; Sf.A. 2. 273; 7, 19; 9, 141; 16, 34; ausdrücklich für Dissens: Windscheid § 77 S. 338; Zitelmann J.&R. S. 348; Werthauer § 24 S. 36; nach BGB. Zitelmann R.i.E. S. 39; Kipp I S. 341. — Es verlangen Entschuldbarkeit: Regelsberger § 142 S 520; Holder § 45 S. 114; Wendt § 45 S. 114, ausdrücklich für Dissens.

schon gesagt, hat die allgemeine Formel von einem subjekten Momente, nämlich von den Absichten der Parteien, ihren Ausgang zu nehmen. Es fragt sich nur, welchen Spielraum das Recht diesen Parteiabsichten gewähren kann, ob und welche Grenzen es ihnen setzen muss. Das Moment, was hier in Frage kommt, ist die Rücksichtnahme auf die Interessen des Gegners. Es fragt sich, ob man den Parteien billiger Weise es zumuthen kann, dass ihre Gegenpartei nach einer Willkür Punkte für wesentlich erachten darf, oder ob es nicht richtiger ist, zu verlangen, dass jene Punkte in einer übersehbaren, entweder allgemein üblichen oder sonstwie kenntlich gemachten Sphäre liegen müssen. Die oben eingeschobenen Erörterungen über Verschulden und Entschuldbarkeit geben hier die Antwort. Beim Irrthum kann der korrekt handelnde Kontrahent eine derartige Rücksichtnahme von seinem Gegner, auf dessen Seite allein der Fehler liegt, verlangen. Beim Dissens hingegen, wo ja jede Partei gleich viel Schuld an dem Mangel des Thatbestandes trägt, wo keiner dem andern etwas vorwerfen kann, kann auch keiner von dem anderen Rücksichten verlangen niemandem brauchen Schranken gesetzt werden. Mit Zitelmann[127] kann man also sagen, dass rücksichtlich des Dissenses jeder Bestandtheil von gleicher juristischer Bedeutung ist, dass es einzig darauf ankommt, dass die Parteiabsicht sich auf diesen Bestandtheil individualisiert hat. Ob der Gegner es erkannt hat, dass die Partei einen Punkt für wesentlich erachtet, ob sie hierzu überhaupt in der Lage war, muss völlig gleichgültig bleiben[128]. Auch darauf kommt es nicht an, ob der frag-

[127]) Zitelmann J.&R. S. 496, 497.

[128]) Insofern für den Dissens unzutreffend Leonhard, J. S. 512, 570, 586: „Wesentlich ist der Irrthum, dessen Abwesenheit zur erkennbaren Geschäftsbedingung gemacht ist."

liche Punkt juristisch von Belang ist,[129] ob er ein Essentiale der betreffenden Vertragsart darstellt oder nicht, nur einzig das ist zu prüfen, ob der Vertrag „mit jenem Punkte stehen oder fallen" soll[130].

Das Verlangen des Eingehens auf die Parteiabsichten hat Bedenken erregt[131]. Man hat betont, dass bei Dissens wie bei Irrthum es sich allemal um unklare Thatbestände handele, und Zweifel erhoben, ob es möglich wäre, den Parteien in genügender Weise in die Seele zu schauen. Da man hier in vielen Fällen nicht zum Ziele gelangen würde, müsse man als ultimum refugium doch wieder zum objektiven Schema greifen und damit die subjektive Formel durchbrechen. Gewiss, der hohe Werth der alten Casuistik soll keineswegs verkannt werden, auch heute werden ihre Sätze in den meisten Fällen durchaus zutreffen, und mit aus diesem Grunde ist sie hier eingehend behandelt worden. Aber warum soll es dem Richter nicht möglich sein, mit Hülfe aller erdenklicher Beweismittel nach Menschen- und Weltkenntniss sich ein Bild von dem zu machen, was die Parteien beim Vertragsschluss beabsichtigten?

Das B G B. hat denn auch kein Bedenken getragen, eine subjektive Formel zur Anwendung zu bringen. Gemäss § 155 sind die oben entwickelten Sätze dabei in vollstem Umfange zur Anerkennung gelangt. Wenn es daselbst heisst, dass bei verstecktem Dissense das Vereinbarte gilt, „sofern anzunehmen ist,

[129]) Hiergegen vergl. Werthauer § 41, S. 55: „Im allgemeinen sind als wesentliche Merkmale alle diejenigen zu bezeichnen, welche das von den Parteien erstrebte künftige Geschehene von rechtlicher Folge zu individualisieren geeignet sind. Ferner Ryck S. 142: „Der Irrthum in den Essentialien hindert überall mit logischer Nothwendigkeit das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes . . ."

[130]) Regelsberger § 142, S. 522.

[131]) Dernburg I, § 102, A. 5, S. 236; Regelsberger § 142, S. 521; Ryck S. 122.

dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde," so ist es heutzutage nicht nur möglich, dass jeglicher Punkt des Vertrages eventuell als wesentlich anzunehmen ist, man muss ihm sogar kraft gesetzlicher Auslegungsregel in zweifelhaften Fällen diese Bedeutung beilegen.

Wer auf Grund versteckten Dissenses das Nichtbestehen des Vertrages behauptet, hat heutzutage nur den Thatbestand dieses Dissenses zu beweisen. Der Gegner, der den Vertrag geltend wissen will, mag darlegen, dass der betroffene Punkt ein unwesentlicher ist, dass die Partei an ihm kein Interesse gehabt hat.[132]

Es kommt mithin heute einzig auf die Frage an, was die Parteien ohne Regelung des fraglichen Punktes gethan haben würden.[133] Man muss also jeden Kontrahenten in den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückversetzen, für diesen Moment die Kenntniss der wahren Sachlage bei ihm annehmen und ihn dann vor die Frage stellen, ob er auch unter diesen Umständen den Vertrag geschlossen haben würde, oder nicht. Findet man alsdann, dass die Parteien lieber keinen als den aus dem derzeitigen Konsense sich ergebenden Vertrag geschlossen haben würden, dann war der Punkt ein wesentlicher, hätten sie trotzdem im ganzen sich verpflichtet, dann ist die Lücke unwesentlich und kann anderweit ergänzt werden.

Die Frage, was die Parteien gethan haben würden, richtig zu lösen, wird nicht immer ganz leicht sein. Auf ihre eigenen Angaben wird man sich nicht immer schlechthin verlassen können,

---

[132]) Motive I, S. 202; Endemann I, § 70, A. 19, S. 341; Hölder BGB. zu § 150; Kaufmann A 6 zu § 155; Matthiass I § 52, S. 216, Szolny A. 3 zu § 155.

[133]) Vergl. Gareis zu § 155; Kaufmann A. 1 zu § 155; Zitelmann RiE. S. 34.

da dieselben mehr oder minder durch die Wünsche, die aus den veränderten Umständen, der veränderten wirtschaftlichen Lage etc. entspringen, beeinflusst sind. Da anderweitig auch nicht immer volle Klarheit zu erhalten ist, wird der Richter in praxi allerdings manches Mal den rein subjektiven Massstab durchbrechen müssen und wird, um festzustellen, ob es möglich ist, dass die Partei, wie sie behauptet, diese und jene Absichten gehabt hat, einen objektiven Massstab heranzuziehen gezwungen sein. Crome[134] weist hier direkt auf § 119 hin und will dem Dissense nur dann Wirkung gewähren, wenn die Parteien bei verständiger Würdigung des Falles nicht kontrahiert haben würden. Soweit darf man jedoch in keinem Falle gehen, denn wenn das Gesetz derartige Absichten gehabt hätte, wären sie sicherlich zum Ausdruck gelangt. Nur als Prüfstein der Glaubwürdigkeit der Parteibehauptungen können allgemeine Erfahrungssätze über die Übung des Verkehrs und ähnliche objektive Momente herangezogen werden. — Mit dieser Regelung hat das BGB. dem Richter einen unendlich weiten Spielraum gelassen.[135] Nach freiem Ermessen kann er varie ex personis causisque sein Urtheil fällen und wird damit sicher zu besseren Resultaten gelangen, als mit dem alten starren, objektiven Schema.

§ 14. Anfechtung. Schadensersatz.

Es erübrigt sich nunmehr nur noch, zwei Fragen, bei deren Behandlung im Gemeinen Rechte in Folge der allgemeinen Vermengung

---

[134]) Crome I, § 77, II, S. 338; § 90, S. 406.
[135]) Birkmeyer-Bernhöft § 41, S. 392; Meissner S. 149.

von Irrthum und Dissens dem letzteren Unrecht geschehen ist, kurz zu streifen.

Die erste Frage ist die, ob der Umstand, dass bei wesentlichem Dissense kein Vertrag entsteht, absolut, d. h. zu jedermanns Gunsten oder Ungunsten wirkt, oder in relativer Weise nur dann zu beachten ist, wenn die fehlerhaft handelnde Partei sich auf den Dissens beruft. Da bei Dissens beide Parteien in gleicher Lage sind, gleiche Schuld und gleichen Anspruch auf Hülfe haben, so hat man sich natürlich für die absolute, von jeder Partei geltend zu machende Wirkung zu entscheiden. Selbst dritte Personen, die an der Nichtexistenz des Vertrages ein Interesse haben, werden sich auf den Dissens berufen können, wenn auch ihnen der Nachweis der Wesentlichkeit des betroffenen Punktes unter Umständen schwer fallen wird. — Die absolute Wirkung ist im Gemeinen Recht auch durchweg für Dissens wie Irrthum anerkannt. Nur wenige, meist neuere Autoren[136] haben, indem sie für den Irrthum mit Recht relative Wirkung verlangten, dies Erforderniss auch auf den Dissens übertragen. — Im BGB. kann bei der Fassung des § 155 von relativer Nichtigkeit keine Rede sein,[137] was um so wichtiger ist, als § 119 dem Irrenden nur Anfechtungsrecht gewährt.

Die zweite Frage betrifft die eventuelle Pflicht des den Vertrag angreifenden Kontrahenten, seinem Gegner den durch die Ungültigkeitserklärung des Vertrages entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Sachlage ist hier genau dieselbe, wie die eben geschilderte. Die ältere Wissenschaft kannte überhaupt eine der-

[136]) z. B. Richelmann S. 16; Dernburg I, § 102, A. 17, S. 238; Hölder § 45, S. 238; — für Dissens absolute Wirkung anscheinend auch Regelsberger I § 142, S. 525.

[137]) Gosack I, S. 210 sagt dies mit den eigenartigen Worten: „Die Anfechtung kann wohl einen gültigen Vertrag umstossen, nicht aber einen ungültigen Vertrag zu Kräften bringen."

artige Pflicht nicht, die neuere hielt sie in Irrthumsfällen für angemessen und nahm den Dissens von diesem Satze nicht aus. Wo aber gleiche Schuld auf beiden Seiten ist, da kann niemand von dem anderen einen Schadensersatz verlangen. Auch im BGB. gilt mangels einer entgegenstehenden Bestimmung dieser Satz.[138]

III. Der versteckte Dissens in unwesentlichen Punkten.

Wann der versteckte Dissens einen unwesentlichen Punkt getroffen hat, ergiebt sich aus den Erörterungen des zweiten Abschnittes per argumentum e contrario; es kann deshalb auf dieselben verwiesen werden. In allen hierher gehörigen Fällen muss es natürlich zu irgend einer Regelung des strittigen Punktes kommen. Da die Sachlage ganz dieselbe ist, als beim offenen Dissense in unwesentlichen Punkten, so gelten die dort gefundenen Sätze analog auch hier; § 4 dieser Abhandlung ist entsprechend heranzuziehen.[139]

---

[138]) Crome I, § 94, S. 421; Dernburg BGB. I, § 144, S. 431; Endemann § 70, S. 341; Gareis A. 5 zu § 155; Kipp-Windscheid I, S. 341; Leonhard BGB. S. 426; Matthiass I, § 52, S. 217.

[139]) Sintenis II, 98, S. 308; Kuhlenbeck A. 2 zu § 155; Meissner S. 149; Neumann zu § 155; Plank zu § 155; Rehbein S. 224 d. — Richelmann § 37 fg.: Thibaut I § 318, S. 319.